



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito
Núcleo de Pesquisa e Monografia – NPM

ANDRESSA DÓREA GARCIA

**O PROCESSO DE DESPATRIMONIALIZAÇÃO
DA REPARAÇÃO DOS DANOS EXTRAMATERIAIS**

Brasília

2013

ANDRESSA DÓREA GARCIA

**O PROCESSO DE DESPATRIMONIALIZAÇÃO
DA REPARAÇÃO DOS DANOS EXTRAMATERIAIS**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Especialização em Direito Penal pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Msc. Pablo Malheiros da Cunha Frota.

Brasília
2013

ANDRESSA DÓREA GARCIA

**O PROCESSO DE DESPATRIMONIALIZAÇÃO
DA REPARAÇÃO DOS DANOS EXTRAMATERIAIS**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Especialização em Direito Penal pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Msc. Pablo Malheiros da Cunha Frota.

Brasília, _____ de _____ de 2013.

Banca Examinadora

Orientador

Prof. Msc. Pablo Malheiros da Cunha Frota
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Examinador (a)

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Examinador (a)

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, pois sem ele não seria possível a conclusão de mais uma etapa tão importante na minha vida. Agradeço por cada benção, cada conquista, cada momento feliz que me proporcionou e também por ter me dado força nos momentos mais difíceis de angústia e aflição, enfim, por ter sempre iluminado o meu caminho e me guiando durante essa jornada. Agradeço também pelas pessoas que Ele pôs no meu caminho que certamente merecem o meu sincero agradecimento.

À minha mãe. Obrigada por estar sempre ao meu lado, pelo amor incondicional e por ser uma peça fundamental em minha vida, sempre participante dos momentos mais importantes.

Ao meu pai. Obrigada por todo suporte, amor, compreensão e carinho.

À minha avó Vania, por toda a paciência, compreensão e por sempre acreditar em mim até mesmo quando duvidei.

À toda minha família, pelo carinho e pelo apoio que sempre me conforta em momentos tão importantes.

Ao meu namorado por toda a paciência, amor, carinho, compreensão e credibilidade.

À minha amiga Fê. A irmã que eu escolhi. Obrigada por fazer parte da minha vida e me mostrar o valor de uma amizade verdadeira.

À todas as minhas amigas da faculdade, principalmente Dytz, Dany e Lo, que estiveram junto comigo em toda essa caminhada, por toda a ajuda, o carinho e a amizade.

Por fim, agradeço ao meu prezado professor e orientador, sem o qual esse trabalho não seria possível, Pablo Malheiros da Cunha Frota, por toda a sua atenção e dedicação.

RESUMO

A Constituição de 1988 introduziu em seu art.1º a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Essa inclusão refletiu diretamente no direito civil, que passou a tutelar e a priorizar a pessoa humana concreta, e consequentemente na responsabilidade civil. Estabelecida a dignidade da pessoa humana como valor fundamental, o conceito de dano sofreu algumas mudanças. Surge, daí, a teoria do interesse, que abre as portas para o reconhecimento de novas modalidades de prejuízo, entre elas o dano extramaterial, cuja reparação antes era situada no terreno da fatalidade, dos azares e dos ônus normais da vida em sociedade. A superação da ideia de que o dano extramaterial era irreparável se deu de forma paulitana, consolidando-se com o advento da Constituição de 1988. Apesar de a doutrina majoritária reconhecer que a reparação do dano extramaterial é diversa da indenização por dano material, na maioria dos casos, os danos imateriais são reparados com valores pecuniários. Daí vem o questionamento: Os meios pecuniários são suficientes para efetivamente reparar os danos extramateriais causados às vítimas que tiveram a sua dignidade violada? Se a reparação exclusivamente pecuniária desses danos não é adequada, quais seriam outras formas de reparação? Para responder esses questionamentos foi utilizada uma metodologia de abordagem indutiva e dedutiva da jurisprudência de tribunais pátrios, em especial do Superior Tribunal de Justiça, da doutrina e da legislação e se concluiu que os meios pecuniários de reparação sustentam-se, muitas vezes, insuficientes para reparar efetivamente a vítima e se for o caso, desestimular a conduta do ofensor. Para enfrentar essa insuficiência, busca-se a despatrimonialização dos danos extramateriais, mediante a utilização de medidas não pecuniárias de reparação, que se contrapõem a bens jurídicos protegidos. A adoção do instituto de despatrimonialização do dano extramaterial faz que se analisem as peculiaridades de cada caso concreto.

Palavras-chave: Danos extrapatrimoniais. Reparação. Despatrimonialização. Medidas não pecuniárias.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	-	Parágrafo
art.	-	Artigo
CC	-	Código Civil
CF	-	Constituição Federal
EUA	-	Estados Unidos da América
MJ	-	Ministério da Justiça
MPT	-	Ministério Público do Trabalho
nº.	-	Número
PE	-	Pernambuco
PL	-	Projeto de Lei
PNUD	-	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
STF	-	Supremo Tribunal Federal
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
TJRJ	-	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJRS	-	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TV	-	Televisão
UFPR	-	Universidade Federal do Paraná

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
Capítulo 1 – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E OS DANOS	10
1.1 O movimento de constitucionalização do Direito Civil e as três dimensões desta constitucionalização: formal, material e prospectiva	10
1.2 A (re)personalização do Direito Civil e a força normativa dos princípios constitucionais	16
1.3 A perspectiva civil constitucional da responsabilidade civil e a ampliação dos danos	19
Capítulo 2 – DANOS EXTRAMATERIAIS: SENTIDO, NATUREZA, QUALIFICAÇÃO, CRITÉRIOS REPARATÓRIOS ADOTADOS PELA JURISPRUDÊNCIA	26
2.1 Sentido civil constitucional e natureza compensatória dos danos extramateriais	26
2.2 Critérios para a quantificação do dano extramaterial: é possível a reparação punitiva no Brasil?	34
Capítulo 3 – REPARAÇÃO DO DANO PROPORCIONAL AO AGRAVO	49
3.1 Meros aborrecimentos e danos extramateriais – a indústria da lesão	49
3.2 Reparação pecuniária como principal forma de reparação dos danos extramateriais	54
3.3 Reparação não pecuniária dos danos extramateriais: aspectos materiais e processuais	61
CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS.....	69

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 alterou a vocação do sistema jurídico brasileiro, que passou a nortear, sobretudo, pela proteção e pela satisfação dos interesses fundamentais atrelados à pessoa humana e à sua dignidade. A partir daí surgiu a metodologia civil-constitucional que tem como característica predominante a aplicação dos princípios e das regras constitucionais às demais relações intersubjetivas e a consequente defesa da unidade do ordenamento jurídico.

Essa constitucionalização determinou o predomínio das situações jurídicas existenciais sobre as relações patrimoniais, a ensejar a (re)personalização da pessoa humana.

Nesse contexto, surge a teoria do interesse, para o qual o prejuízo é a lesão, ao interesse, que abrange todas as ofensas à integridade juridicamente tutelada. Com base nessa teoria, conceitua-se dano extramaterial como privação ou lesão ao direito da personalidade, sendo que a sanção consiste, na maioria dos casos, em um valor indenizatório fixado pelo juiz.

Daí vem o questionamento: Os meios pecuniários são suficientes para efetivamente reparar os danos extramateriais causados às vítimas que tiveram a sua dignidade violada? Se a reparação exclusivamente pecuniária desses danos não é adequada, quais seriam outras formas de reparação?

Esta monografia pretende demonstrar a importância da depatrimonialização da reparação dos danos extramateriais, com enfoque nas formas não pecuniárias de reparação dessa espécie de dano. Para tanto, apresenta-se dividida em três capítulos.

O capítulo 01 abordará como as mudanças trazidas pela Constituição de 1988 alteraram as relações interprivadas do direito civil, ou seja, como se deu a constitucionalização do direito civil. Tratará das três dimensões desta constitucionalização – formal, material e prospectiva - e das forças normativas dos princípios constitucionais, assim como a repercussão dessa influência constitucional na responsabilidade civil.

O capítulo 02 versará sobre o dano extramaterial e todos os seus aspectos, principalmente a natureza dessa espécie de dano. Será analisada a dupla natureza do dano extramaterial: a compensatória onde se busca a reparação da vítima e a punitiva que se busca desestimular a conduta do ofensor. Serão abordados também os critérios de quantificação da reparação dos danos extramateriais aplicado pelos magistrados e a forma de utilização da função punitiva nesse arbitramento.

No capítulo 03 analisar-se-á a reparação do dano proporcional ao agravo. Por fim, serão feitas algumas considerações.

Hoje, no Brasil, a principal forma de reparação dos danos extramateriais é a exclusivamente pecuniária. Para além das infundáveis dificuldades que enfrentam na quantificação das indenizações por dano extramaterial, verifica-se com clareza cada vez maior que o valor monetário tem pouca efetividade na pacificação desses gêneros de conflito, além das consequências negativas trazidas por esse tipo de reparação, como a superproliferação das demandas.¹

Percebe-se, diante disso, que a atual disciplina da reparação dos danos extramateriais não reflete, de modo pleno, a racionalidade predominantemente existencial imposta pela ordem constitucional vigente, na medida em que aloca valores existenciais (ordem de ser) na forma dos direitos subjetivos, instrumentos jurídicos que se prestam, por excelência, à garantia de interesses proprietários (ordem de ter), especialmente encampados pela racionalidade liberal e patrimonialista que informou todo o fenômeno de codificação oitocentista.²

É com o objetivo de enfrentar essas dificuldades, que se busca a criação e o desenvolvimento de meios não pecuniários da reparação dos danos extramateriais, de modo a iniciar-se a despatrimonialização da reparação desse dano à luz da Constituição de 1988.³

A metodologia de pesquisa consistiu em uma abordagem indutiva e dedutiva da jurisprudência de tribunais pátrios, em especial do Superior Tribunal de Justiça, da doutrina e da legislação.

¹ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 6, v. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005.

² PAGANINI, J. M. A “dupla crise” do modelo regulatório dos direitos da personalidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, L. E. (Orgs.). *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juará, 2011. p. 15.

³ SCHREIBER, op. cit.

O tema desta monografia tem relevância perante a sociedade, porquanto a efetividade da reparação dos danos imateriais está sendo cada vez menor, na medida em que a aplicação de medidas exclusivamente pecuniárias não têm sido suficientes para compensar a vítima e tampouco para desestimular a conduta do ofensor. Isso pode ser percebido quando se observa o baixo valor normalmente arbitrado pelos Juízes a título de reparações dessa espécie de dano e o aumento de demandas desta natureza, propostas no Judiciário Brasileiro.

Assim, é mister discutir a despatrimonialização da reparação dos danos extramateriais, ou seja, a aplicação de formas alternativas, não pecuniárias, de reparação dessa espécie de dano, na busca de alcançar maior efetividade das decisões judiciais.

Capítulo 1 – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E OS DANOS

1.1 O movimento de constitucionalização do Direito Civil e as três dimensões desta constitucionalização: formal, material e prospectiva

O tradicional direito civil brasileiro do século XIX foi identificado, equivocadamente, com o próprio Código Civil (CC) vigente à época, que correspondeu às aspirações de uma determinada classe social, interessada em afirmar a excelência de um sistema capitalista de produção.⁴ Consequentemente, concedia-se a tutela jurídica para que o indivíduo, isoladamente, pudesse desenvolver, com plena liberdade, a sua atividade econômica, apresentando limitações estritamente necessárias à viabilidade da convivência social.⁵

Nesse momento, as relações entre o direito público e o direito privado estavam bem definidas. Este era regido pelas relações entre particulares; aquele pelas relações entre Estado e particular e Estado e Estado.⁶

No início da Primeira Guerra Mundial, o direito civil sofreu um grande impacto nas suas estruturas em razão de mudanças conceituais havidas no seio da sociedade.⁷ De um lado, o crescimento da ideia moderna de Estado, que passou a assumir funções antes realizadas pela iniciativa privada. De outro, no que se refere ao conteúdo do direito civil, a transformação da noção de direito subjetivo (de poder da vontade) em direito objetivo (interesses juridicamente protegidos).⁸

Essa estrutural transformação do conceito de direito civil foi amplo o suficiente para que se possa abrigar, na tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios do direito público.⁹ Tal

⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2010. p. 21.

⁵ Ibidem, p. 4.

⁶ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Reflexões sobre a constitucionalização do direito civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 49, p. 100, jan./mar. 2012.

⁷ GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 87, v. 747, p. 42 ss., jan. 1998.

⁸ MORAES, op. cit., p. 7.

⁹ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana*. 3. ed, São Paulo: Renovar, 2010. p. 7.

intercessão, do direito público no direito privado, se aflora com o surgimento do Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição Federal (CF) de 1988, que apresenta, em seu texto, as finalidades sociais do enunciado normativo delimitado pelo legislador, o que amplia ainda mais a importância dos princípios constitucionais e a aplicação do direito civil brasileiro.¹⁰

Diante das alterações, o direito público e o direito privado viram modificados os seus significados originários: este deixou de ser âmbito de vontade individual, e aquele de se inspirar na subordinação do cidadão. A partir daí, não é mais possível separar direito público de direito privado de forma estática, pois ambos se imiscuem na ambiência dos direitos coletivos e dos direitos individuais¹¹, sendo o direito constitucional ponto unificador dos dois direitos, pois é a Constituição e o seu contexto que estruturam e funcionalizam as espécies citadas.¹²

Nesse ponto, inicia-se uma análise da CF como enunciado normativo jurídico além de político, abandonando seu tradicional caráter programático, atribuindo-lhe eficácia direta e imediata no ordenamento jurídico. Assim, a normativa constitucional assume uma função promotora de transformações tradicionais do direito civil.¹³

O constituinte, ao incluir, no art. 1º da CF de 1988, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, determinou o predomínio das situações jurídicas existenciais sobre as relações patrimoniais, a ensejar a (re)personalização da pessoa humana. Essa inclusão refletiu diretamente no direito civil, que alterou radicalmente sua estrutura tradicional ao passar a tutelar e priorizar a pessoa humana concreta.¹⁴

Além de implicar a observância de certos procedimentos de validade para a emanção do enunciado normativo infraconstitucional, o movimento de constitucionalização do direito civil expressa a necessidade de que os conteúdos dos enunciados normativos atendam aos valores presentes e sistematizados na própria no próprio texto constitucional, decorrentes das opções político-jurídicas do

¹⁰ Ibidem, p. 16.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. Reflexões sobre a constitucionalização do direito civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 49, p.11, jan./mar. 2012.

¹² FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Deveres contratuais gerais das relações civis e de consumo*. 1. ed. São Paulo: Método, p. 101.

¹³ TEPEDINO, op. cit.

¹⁴ FROTA, op. cit.

legislador constituinte¹⁵. Nessa linha, Gustavo Tepedino expõe: “Equivoca-se quem pensa que parte do direito civil esteja completamente imune às influências da normativa constitucional, pois todo direito civil recebe a mencionada influência [...]”.¹⁶

Elucida Fachin que a constitucionalização do direito civil é um dos meios para minorar o número de pessoas que têm seus direitos sonegados pelo direito posto, muitas vezes “sem um conteúdo emancipatório tão necessário, haja vista que a dignidade da pessoa humana, norma-fim da Carta Política, é a base do ordenamento jurídico brasileiro”.¹⁷ O intérprete, destarte, deve trabalhar com as três dimensões da constitucionalização (formal, material e prospectiva), como aponta o citado professor da Universidade Federal do Paraná (UFPR):

“É possível encetar pela **dimensão formal**, como se explica. A Constituição Federal brasileira de 1988 ao ser apreendida tão só em tal horizonte se reduz ao texto positivado, sem embargo do relevo, por certo, do qual se reveste o discurso jurídico normativo positivado. É degrau primeiro, elementar regramento proeminente, necessário, mas insuficiente.

Sobreleva ponderar, então, a estatura substancial que se encontra acima das normas positivadas, bem assim dos princípios expressos que podem, eventualmente, atuar como regras para além de serem mandados de otimização. Complementa e suplementa o norte formal anteriormente referido, indo adiante até a aptidão de inserir no sentido da constitucionalização os princípios implícitos e aqueles decorrentes de princípios ou regras constitucionais expressas. São esses dois primeiros patamares, entre si conjugados, o âmbito compreensivo da percepção intrassistemática do ordenamento.

Não obstante, o desafio é apreender extrassistematicamente o sentido de possibilidade da constitucionalização como ação permanente, viabilizada na força criativa dos fatos sociais que se projetam para o Direito, na doutrina, na legislação e na jurisprudência, por meio da qual os significados se constroem e refundam de modo incessante, sem juízos apriorísticos de exclusão. Nessa toada, emerge o mais relevante desses horizontes que é a **dimensão prospectiva** dessa travessia. O compromisso se firma com essa constante travessia que capta os sentidos histórico-culturais dos códigos e reescreve, por intermédio da resignificação dessas balizas linguísticas, os limites e as possibilidades emancipatórias do próprio Direito”.¹⁸ (grifo próprio).

¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28.

¹⁶ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Reflexões sobre a constitucionalização do direito civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 49, p. 100, jan./mar. 2012.

¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. O direito civil contemporâneo, a norma constitucional e a defesa do pacto emancipador. In: CONRADO, Marcelo; FIDALGO PINHEIRO, Rosalice (Coords.). *Direito privado e constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio*. Juruá: Curitiba, 2009, p. 30.

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. Apresentação. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths, MEIRELES, Jussara Maria Leal de, FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo (Coords.). *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo: anais do projeto de pesquisa de Copérnico*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 12-13.

Destaca-se que, com a ampliação do raio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais vinculam-se, cada vez mais à esfera personalíssima do indivíduo, porquanto a constitucionalização do direito civil está ligada à eficácia dos direitos fundamentais tanto nas relações que envolvem o Estado quanto naquelas entre particulares.

A eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada, doutrinariamente, é dividida em duas teorias. A teoria da eficácia indireta e mediata e a teoria da eficácia direta e imediata.

A primeira foi desenvolvida originalmente na doutrina alemã por Gunter Durig, em obra publicada em 1956, e tornou-se a concepção dominante no direito germânico. Essa teoria nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, esta incidência acabaria exterminando a autonomia de vontade e desfigurando o direito privado, ao convertê-lo numa mera concretização do direito constitucional.¹⁹

Os partidários desta tese entendem que a Constituição não investe os particulares em direitos subjetivos privados, mas que ela contém normas objetivas, cujo efeito de irradiação leva à impregnação das leis civis por valores constitucionais. Assim, os direitos fundamentais são protegidos no campo do direito privado por meio de mecanismos típicos do próprio direito privado. Entretanto, na doutrina nacional, é francamente minoritária a defesa da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais.²⁰

A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas foi definida inicialmente na Alemanha por Hans Carl Nipperdey, a partir do início da década de 1950, tendo ampla penetração na doutrina de outros Estados europeus, como o espanhol, o português e o italiano. Essa teoria vincula os particulares aos direitos fundamentais, tendo como base preceitos constitucionais.²¹

¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33.

²⁰ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, n. 4, p. 93, out./dez. 2011.

²¹ MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33.

Não se trata de uma doutrina radical, já que não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado, e sim impõe que seja devidamente sopesada na análise de cada situação concreta.²² A doutrina majoritária brasileira é adepta da teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, independentemente da legislação infraconstitucional. Teoria essa, que privilegia o poder do magistrado na análise do caso concreto.²³

Segundo Fachin, o cerne da constitucionalização do direito civil talvez seja o reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações interprivadas, porquanto a proteção desses direitos, que tem como base a proteção da dignidade da pessoa humana, é dever de todos, e não só do Estado.²⁴

Ademais, a maior parte dos adeptos da teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais reconhece que, diante da existência de lei que discipline a questão subjacente ao conflito privado, deve o Judiciário aplicar a norma vigente, podendo afastar-se da solução preconizada pelo legislador tão somente quando concluir que esta se afigura incompatível com a Constituição da República.²⁵

A metodologia civil constitucional permitirá ao magistrado interpretar o caso com a

“Identificação dos elementos de aplicação de cada modelo aberto ou instituto jurídico que permitam ao juiz dizer o direito adequadamente, sem contaminação de juízos subjetivos de valor. Com tais cautelas, a preocupação de Habermas quanto ao déficit de legitimação democrática do Poder Judiciário fica reduzida, pois o juiz não será legislador, e sim realizador do direito por este definido, adequando-o às mudanças sociais e melhor distribuindo a justiça”.²⁶

²² SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, n. 4, p. 94, out./dez. 2011.

²³ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Reflexões sobre a constitucionalização do direito civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 49, p. 100, jan./mar. 2012.

²⁴ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 105.

²⁵ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues, op. cit.

²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Prefácio. In: CUNHA, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do código de defesa do consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007, p. 12. (Coleção Rubens Limongi França, v. 3).

Cabe ressaltar a necessidade de interpretação dos próprios direitos fundamentais, de modo que não sejam transformados em modelos abstratos. Desse modo, a hermenêutica dos direitos fundamentais há de ser tópico-sistemática²⁷, como explica Juarez Freitas:

“[...] Sistemática, porque sempre atuante o metacritério racionalizador da hierarquização, que assegura a garantia da racionalidade do processo. Tópico, porque a hermenêutica se mostra como o processo empírico e aeropoético de sistematização discursiva, sendo que o sistema somente ganha contornos definitivos justamente por força da intervenção do intérprete na sua atuação efetiva entre sentidos necessariamente múltiplos”.²⁸

A interpretação tópico-sistemática parte dos problemas concretos, buscando no sistema a melhor entre as várias soluções possíveis, não encarando o sistema como um conjunto de respostas prontas e acabadas. Assim, essa interpretação deve ser realizada à luz da ordem principiológica constitucional.²⁹

É necessário que tal interpretação se processe de maneira efetiva, sem que haja limitação, mas modelação de autonomia privada dos sujeitos de direito. Isso só será possível com a leitura civil constitucional dos direitos fundamentais, com o objetivo de minorar a distância entre direito posto e realidade social, sempre utilizando as dimensões da constitucionalização – formal, material e prospectiva.³⁰

Consolida-se, assim, o entendimento de que a reunificação do sistema, em termos interpretativos, só pode ser compreendida sob a ótica da Constituição.³¹ A constitucionalização interpretativa do direito civil não implica a hiperinterpretação da Constituição, mas a conscientização dos destinatários sobre a diretiva constitucional e o respeito desses destinatários a essa diretiva.³²

Portanto, o direito civil constitucional ultrapassa o ponto de vista meramente formal, que abrange as disposições de conteúdo historicamente civilístico

²⁷ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 107.

²⁸ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 120.

²⁹ FACHIN, Luiz Edson, RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, op. cit., p. 108.

³⁰ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Reflexões sobre a constitucionalização do direito civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 49, p. 100, jan./mar. 2012.

³¹ TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 12.

³² PELINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 576-577.

contemplado pela Lei Fundamental. O que está sendo analisado é a constitucionalização do direito civil sob a ótica que pressupõe a incidência direta, e imediata, das regras, dos valores e dos princípios constitucionais sobre todas as relações interprivadas.³³

1.2 A (re)personalização do Direito Civil e a força normativa dos princípios constitucionais

A personalidade é o conjunto de características e atributos inerentes à pessoa humana que deve ser tutelada em todos os casos em que a sua personalidade for agredida.³⁴ Nessa seara, o tema direito da personalidade oferece dificuldades conceituais, uma vez que a pessoa humana está sujeita a situações não previstas no ordenamento jurídico.³⁵

Segundo a doutrina majoritária os tipos de direitos de personalidade previstos na Constituição e na legislação civil são apenas enunciativos; não esgotam as situações suscetíveis de tutela jurídica à personalidade.³⁶ Nessa linha, ensina Perlingieri:

“A personalidade é, portanto não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção atípicas, fundadas nos interesses à existência e no exercício da vida de relações”.³⁷

A personalidade humana é um valor jurídico, ou seja, é insuscetível de redução a uma situação jurídico-tipo ou a um elenco de direitos subjetivos típicos.

³³ MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29.

³⁴ AQUINO JUNIOR, Geraldo Frazão. A repersonalização do Direito Civil a partir da Perspectiva do Direito Civil Constitucional. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 1, p. 145, jun./dez. 2007.

³⁵ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 24.

³⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos à personalidade. *Boletim Doutrina Adcoas*, a. VII, n. 11, p. 237, jun. 2004.

³⁷ PELINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.155-156.

Desse modo, o modelo tipificado será sempre insuficiente para atender às situações em que a personalidade humana exige proteção.³⁸

O legislador, ao adotar o entendimento de que a personalidade humana não se realiza mediante um esquema fixo de situação jurídica subjetiva verificou que os direitos da personalidade precisavam ser encarados como uma categoria aberta. Diante disso, incluiu na CF de 1988 uma cláusula geral de tutela de proteção integral a esses direitos.

Com a superação da visão clássica própria do ideário oitocentista da personalidade como aptidão para que o sujeito figure como titular de direitos e obrigações, adicionou-se um novo conteúdo à personalidade, isto é, o valor ético do princípio da dignidade da pessoa humana, considerando-se a pessoa em todos os seus aspectos e complexidade.³⁹ Com essa adição, deu-se a (re) personalização do direito civil, ou seja, a acentuação da raiz antropocêntrica do direito civil, da sua ligação visceral com a pessoa e seus direitos. Sem essa raiz, o direito fica ininteligível, porque o civilismo se transforma numa ideia que já não tem mais nexo ou o tem justamente por ser o círculo da pessoa.⁴⁰

A concepção de (re)personalização do direito, surgiu com a CF de 1988. A partir daí, as pessoas passaram a ser encaradas em toda a sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato polo da relação jurídica, ou apenas como sujeito de direito. Nos direitos da personalidade, a teoria da (re)personalização atinge seu ponto máximo, pois tais direitos não interessam como sendo a capacidade de direitos e obrigações, mas como conjunto de atributos inerentes à condição humana⁴¹. Assim, o direito passa a ser um sistema axiológico, ou seja, um sistema ético a que o homem preside como o primeiro e mais imprescindível dos valores.⁴²

Luiz Fernando Coelho conceitua princípios gerais de direito como “diretrizes que podem servir, e efetivamente cumprem esse papel, de fonte de inspiração para a criação, interpretação e integração do direito”. Além disso, para o autor, esses

³⁸ LUTZKY, Daniela Courtes. *A reparação dos danos imateriais como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 249.

³⁹ AQUINO JUNIOR, Geraldo Frazão. A repersonalização do Direito Civil a partir da Perspectiva do Direito Civil Constitucional. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 1, p. 147, jun./dez. 2007.

⁴⁰ CARVALHO, Orlando. *A teoria geral da relação jurídica*. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981, p. 90.

⁴¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos à personalidade. *Boletim Doutrina Adcoas*, a. VII, n. 11, p. 235, jun. 2004.

⁴² CARVALHO, op. cit., p. 91.

princípios admitem decisões *contra legem*, isto é, poderão servir para corrigir o direito positivo ou até transformá-lo.⁴³

O jusfilósofo⁴⁴ acredita existirem vinte e um princípios gerais de direito divididos em duas categorias – os relacionados ao conceito de direito e os atinentes à prática da interpretação.

“Os relacionados ao conceito de direito são: o princípio da objetividade ideológica do Direito; o princípio da polaridade axiológica do Direito; o princípio da problematização argumentativa e retoricidade do conhecimento jurídico; o princípio da essencialidade e operosidade ideológica dos valores jurídicos; o princípio do pluralismo jurídico; o princípio da gênese histórica-social do Direito; o princípio da subjetividade ideológica do direito; o princípio da legitimação ideológica do Direito; o princípio da interdisciplinaridade objetiva do ordenamento jurídico; o princípio da “lacunariedade” institucional do Direito; o princípio da alopoiese do Direito; o princípio da isonomia nomogenética do Direito; o princípio do primado da justiça”.

“Os atinentes à prática de interpretação são: o princípio da liberdade metodológica da interpretação jurídica e o princípio da topicidade hermenêutica do Direito; o princípio da heteronomia significativa da lei; o princípio da plurivocidade significativa da lei; o princípio da referencialidade programática da lei; o princípio da subjetividade hermenêutica do Direito; o princípio da função criadora da interpretação jurídica; o princípio da puliticidade das decisões judiciais”.

Lorenzetti⁴⁵, por sua vez, acredita que as mudanças trazidas pela CF de 1988 alteraram os princípios gerais de direito que serviam como fonte de inspiração para a criação, a interpretação e a integração do direito. Isso porque, com a interpretação da legislação infraconstitucional segundo os princípios constitucionais, estes passam a ter maior influência que os princípios gerais de direito.⁴⁶

Segundo Luís Roberto Barroso⁴⁷, os princípios constitucionais “são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui”.

⁴³ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Reflexões sobre a constitucionalização do direito civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 49, p. 125, jan./mar. 2012.

⁴⁴ COELHO, Luiz Fernando. *Princípios gerais de direito*. Disponível em: <<http://www.academus.pro.br/luizfernando/>>. Acesso em: 30 out. 2008.

⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: RT, 1998, p. 252.

⁴⁶ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Reflexões sobre a constitucionalização do direito civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 49, p. 124, jan./mar. 2012.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 153.

Paulo Bonavides⁴⁸ sustenta que houve uma transposição dos princípios gerais de direito para princípios constitucionais fundamentais. Baseado nessa transposição, o autor acredita que o art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil, que coloca os princípios em terceiro lugar para solucionar a omissão legal, foi revogado. Afinal, as leis civis devem estar consentâneas com os princípios constitucionais, não havendo sentido esses princípios seguirem uma ordem de precedência.⁴⁹

Nessa linha, Celso Antônio Bandeira de Mello explicita:

“O núcleo de todo o sistema jurídico é o verdadeiro alicerce dos princípios constitucionais, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas componho-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo [...]”.⁵⁰

Portanto, a constitucionalização do direito civil atribui um caráter normativo aos princípios constitucionais. Isto significa dizer que esses princípios se tornam parâmetros axiológicos da jurisprudência e de todo o aparato jurídico-conceitual, estando aptos a fundar uma verdadeira revolução nos conceitos jurídicos próprios do direito privado e, sobretudo, na função atribuída a estes conceitos.⁵¹ Assim, o indivíduo e os seus direitos repõem-se no topo da regulamentação *jure civili*, não simplesmente como ator que aí privilegiadamente intervém, mas, sobretudo, como o *móbil* que privilegiadamente explica a característica técnica dessa regulamentação.⁵²

1.3 A perspectiva civil constitucional da responsabilidade civil e a ampliação dos danos

O sistema tradicional da responsabilidade civil apresentava três pilares: culpa, dano e nexo causal. Para se obter a reparação, segundo esse sistema, a vítima do

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 289-295.

⁴⁹ FROTA, op. cit.

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos do direito administrativo. In: BARROSO, op. cit.

⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29.

⁵² CARVALHO, Orlando. *A teoria geral da relação jurídica*. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981, p. 91.

dano precisava superar duas barreiras: a demonstração do caráter culposo *lato sensu* da conduta do ofensor e a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano. Estas duas barreiras chegaram a ser denominadas de filtros da responsabilidade civil, por serem responsáveis pela seleção das demandas de ressarcimento merecedoras de tutela jurisdicional.⁵³

Atualmente, com a perda de importância da prova da culpa e da prova do nexo causal, está havendo, segundo Anderson Schreiber⁵⁴, uma erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil.

Toma-se de início a prova da culpa. Ante a designação da culpa como um modelo abstrato de conduta, a demonstração da culpa revelou-se um trabalho árduo. Isso porque a culpa, originalmente, era compreendida como uma falta de moral, indissociavelmente ligada aos impulsos anímicos do sujeito.⁵⁵ Assim, a doutrina e a jurisprudência, na tentativa de superar as injustiças impostas pela dificuldade em demonstrar a culpa, esculpiram várias presunções de culpa com base no próprio texto das codificações.

Diante disso, sucederam progressivas transformações legislativas. Inicialmente os dispositivos legais versavam sobre a inversão do ônus da prova. Após, com a instituição, pelo CC de 2002, do parágrafo único do art. 927, cria-se uma cláusula geral de responsabilidade objetiva para atividades de risco.⁵⁶ Assim, ao exigir a participação da discricionariedade jurisdicional na ampla tarefa de definir as atividades de risco, a norma retirou a condição excepcional e o caráter *ex lege*, ainda atribuídos à responsabilidade objetiva jurídica brasileira.⁵⁷

A objetivação da responsabilidade nada mais é do que uma releitura do direito civil em virtude da incidência de princípios constitucionais.⁵⁸ Isso porque a CF de 1988 abriu novos caminhos, não apenas por força de previsão de hipóteses

⁵³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 11-12.

⁵⁴ Idem. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 6, v. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005.

⁵⁵ Idem. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 6, v. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005.

⁵⁶ Art. 927 – [...] Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁵⁷ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 6, v. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005.

⁵⁸ MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 336.

específicas de responsabilidade objetiva, mas, sobretudo, pela inauguração de uma nova tábua axiológica, mais sensível à adoção de uma responsabilidade que, dispensada a culpa, se mostrasse fortemente comprometida com a reparação dos danos em uma perspectiva marcada pela solidariedade.⁵⁹

Além disso, o próprio CC/02 converteu expressamente em hipóteses de responsabilidade objetiva inúmeras situações antes tidas como responsabilidade subjetiva com culpa presumida.⁶⁰ Afastou-se, assim, inclusive a possibilidade de o ofensor provar a sua diligência para evitar o dever de reparar.⁶¹ Na prática, as presunções foram passando, de presunções relativas para presunções absolutas, o que facilitou o acesso concreto da vítima à reparação.

A objetivação da responsabilidade civil contribui para que a culpa perdesse muitos de seus tormentos iniciais, ao impedir, por exemplo, que injustiças fossem perpetradas pela severa exigência da prova da culpa. Corroeu-se, assim, um dos filtros tradicionais da responsabilidade civil. É natural que as atenções se voltem para o segundo filtro, qual seja, a demonstração do nexo causal.⁶²

A jurisprudência brasileira tem-se recusado a dar à prova do nexo causal o mesmo tratamento rigoroso e dogmático que, no passado, atribuiu à culpa. O que se vê, em muitos casos, é que os tribunais, se valem da miríade de teorias para justificar uma escolha subjetiva, e muitas vezes atécnica, da causa do dano.

O direito da responsabilidade civil é antes de tudo jurisprudencial. Os magistrados são os primeiros a sentir as mudanças sociais e, bem antes de se poder colocar em movimento quaisquer alterações legislativas estão aptos a atribuir aos casos, por meio de suas decisões, respostas normativas.⁶³ Assim, a flexibilização dos tribunais na exigência da prova da culpa só tem corroborado para a expansão da margem de discricionariedade do juiz na apreciação de relação de causalidade. Desse modo, à semelhança do que ocorreu com a prova da culpa, a

⁵⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 3 ed. 2011, p. 20.

⁶⁰ SCHREIBER, op. cit.

⁶¹ MORAES, op. cit., p. 335.

⁶² SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 3 ed. 2011, p. 20.

⁶³ MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 323-324.

prova do nexo causal parece tendente a sofrer, no seu papel de filtro da responsabilidade civil, uma erosão cada vez mais visível.⁶⁴

É evidente que com essa flexibilização não se cancela a importância da culpa e do nexo causal na estrutura elementar da responsabilidade civil, mas tem-se, no âmbito desta mesma estrutura, um gradual deslocamento do foco – que deixa a culpa e o nexo causal em direção ao dano. É sobre este último elemento que as atenções dos tribunais vêm-se concentrando. Podendo-se afirmar que, hoje, o objetivo das Cortes, na aplicação da responsabilidade civil, tem sido menos de identificar um responsável que se vincula ao dano e mais o de assegurar, por qualquer meio disponível, a integral reparação dos prejuízos sofridos pela vítima.⁶⁵

A noção atual de dano reparável é fruto de lenta evolução histórica. Inicia-se no direito romano que não considerava a expressão dano como sinônimo de prejuízo. Para eles, dano correspondia ao ataque à integridade de uma coisa sem indagação acerca da existência de prejuízo efetivo ao proprietário. Ao longo do tempo, as duas noções foram-se aproximando até chegar ao direito moderno, que tentou superar essa distinção. Passou a considerar que dano compreende a totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pelos lesados.⁶⁶

Recentemente o direito francês voltou a distinguir o dano do prejuízo, buscando precisar o significado de cada expressão. Yvonne Lambert-Favre explica que

“[...] o dano é, em si, uma questão de fato (danos materiais, corporais e imateriais), que pode causar múltiplos prejuízos indenizáveis, que surgem como uma questão de direito (prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais à vítima direta ou às vítimas por ricochete)”.⁶⁷

Outros países continuam aproximando os dois conceitos como se vê na perspectiva alemã. Esta considera dano “todo prejuízo que o sujeito de direito sofre pela violação dos seus bens jurídicos, com exceção única daquele que a si mesmo

⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 6, v. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização do direito civil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 137.

⁶⁷ LAMBERT-FAVRE apud SANSEVERINO, ibidem, p. 138.

tenha indeferido o próprio lesado.” No direito brasileiro, Aguiar Dias, após estabelecer que “a noção de dano se restringe à ideia de prejuízo, isto é o resultado da lesão”, elogia a perspectiva alemã.⁶⁸

Apesar dessas divergências conceituais, não há maior controvérsia em se reconhecer que o dano constitui um pressuposto fundamental da responsabilidade civil. Tanto é que, como visto anteriormente, o dano passou a ocupar um lugar de destaque crescente na doutrina, visto que se tem buscado uma reparação cada vez maior dos prejuízos sofridos pela vítima no sistema de reparação dos danos.⁶⁹

Cumpra, assim, analisar o que consiste em dano reparável. Como o Direito Civil não tipifica legislativamente cada comportamento danoso – pelo contrário, a obrigação de indenizar está inserida em uma cláusula geral, prevista no art. 186 c/c art. 927 e seu parágrafo único do Código Civil⁷⁰ - o debate acerca da noção de dano reparável divide-se basicamente em duas principais teorias doutrinárias: as teorias da diferença e do interesse.

No Brasil, a teoria da diferença, também conhecida como teoria do dano abstrato, é uma concepção naturalista de dano indenizável, pois equipara o prejuízo ao dano que determinado bem do patrimônio do lesado tenha sofrido. Assim, o prejuízo a ser reparado corresponde à diferença entre o valor atual do patrimônio do lesado e aquele que teria caso não tivesse sido afetado pela ocorrência do fato ilícito.⁷¹

Essa teoria começou a sofrer fortes objeções por sua natureza estritamente patrimonialista, pois restringe a noção de dano a perdas de natureza econômica causadas no patrimônio do lesado, olvidando a existência de prejuízos extrapatrimoniais. Apesar de a teoria da diferença mostrar-se adequada para estabelecer medidas de indenizações de determinados prejuízos estritamente patrimoniais, apresenta-se insuficiente para reparar os danos extrapatrimoniais derivados de ofensas de bens jurídicos ligados à esfera dos direitos da

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Idem, p. 139.

⁷⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 325.

⁷¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização do direito civil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 138.

personalidade. Desse modo, os prejuízos extrapatrimoniais, por não estarem abrangidos pela teoria da diferença, ficariam sem reparação.⁷²

Se a responsabilidade civil tradicional se baseava exclusivamente na tutela do direito de propriedade e dos demais direitos subjetivos patrimoniais, hoje a dignidade da pessoa humana, a solidariedade civil e a justiça distributiva modificaram decisivamente a sistemática da noção de dano.⁷³

A CF de 1988, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como valor fundamental, desvinculou do conceito de dano à noção de antijuricidade, ampliando o conceito de prejuízo que, porque considerados dignos da tutela jurídica, quando lesionados, obrigam a sua reparação.⁷⁴ Ressalta-se que foi com o advento dessa Carta Magna que se pacificou a possibilidade de reparar os danos imateriais.

Nesse contexto, surge a teoria do interesse com o objetivo de explicar o dano de uma forma mais completa e adequada. Para essa teoria, o prejuízo é a lesão a um interesse, que abrange todas as ofensas à integridade juridicamente tutelada. Os adeptos dessa teoria afirmam que a natureza do dano está na ideia de interesse, que tem como pressuposto a noção de bem. Assim, interesse é a valoração que determinado bem recebe de alguém, considerando-se a relação ou a posição jurídica de certa pessoa em face do bem.⁷⁵

Apesar da maior complexidade em relação à teoria da diferença, a teoria do interesse permite que se alcance uma noção mais completa da natureza jurídica do fenômeno, pois valoriza, com maior amplitude, o resultado das ofensas sofridas pela vítima do dano. Assim, abre-se as portas para o reconhecimento de novas modalidades de prejuízo.⁷⁶

Diante disso, danos, principalmente os extrapatrimoniais, que antes eram situados no terreno da fatalidade, dos azares ou dos ônus normais da vida em

⁷² Ibidem, p. 141.

⁷³ TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 194.

⁷⁴ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 6, v. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005.

⁷⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização do direito civil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 142.

⁷⁶ Ibidem, p. 143.

sociedade, passaram a ser considerados pela doutrina e pela própria jurisprudência como danos juridicamente protegidos.⁷⁷

O alargamento de dano reparável, vem ocorrendo de forma avassaladora. Fala-se hoje em dano à vida sexual, dano por nascimento indesejado, dano à identidade pessoal, dano *hedonístico*, dano de *mobbing*, dano de *mass media*, dano de férias arruinadas, dano de brincadeiras cruéis, dano de morte em agonia, dano de descumprimento dos deveres conjugais, dano por abandono efetivo e assim por diante.⁷⁸

O surgimento de novas espécies de dano, se, por um lado, revela maior sensibilidade dos tribunais à tutela de aspectos existenciais da personalidade, por outro desperta certo temor de que a multiplicação de outras figuras de danos venha a ter como únicos limites a fantasia do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência.⁷⁹

⁷⁷ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 6, v. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ Idem.

Capítulo 2 – DANOS EXTRAMATERIAIS: SENTIDO, NATUREZA, QUALIFICAÇÃO, CRITÉRIOS REPARATÓRIOS ADOTADOS PELA JURISPRUDÊNCIA

2.1 Sentido civil constitucional e natureza compensatória dos danos extramateriais

Não há como desenvolver este estudo sem antes tratar do conceito jurídico de seu objeto central, ou seja, do conceito de dano existencial. Importa ressaltar que não há uniformidade na doutrina e na jurisprudência a respeito dessa conceituação. Como analisado no capítulo anterior, a concepção jurídica da palavra dano está ligada ao prejuízo causado, enquanto o vocábulo moral tem seu sentido vinculado aos costumes e à ética.⁸⁰

A doutrina comumente conceitua dano extramaterial utilizando o critério negativo por exclusão. Segundo este critério, dano é qualquer lesão que não corresponda a uma diminuição do patrimônio, como se depreende do excerto abaixo transcrito:

“Dano moral, na esfera do direito, é todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos estranhos ao patrimônio, encarado como complexo de relações jurídicas com valor econômico. Assim, por exemplo, envolvem danos morais as lesões a direitos políticos, a direitos personalíssimo ou inerentes à personalidade humana (como o direito à vida, à liberdade de consciência ou de palavra), a direitos de família (resultantes da qualidade de esposo, de pai, ou de parente), causadoras de sofrimento moral ou dor física, sem atenção aos seus possíveis reflexos no campo econômico.”⁸¹

Quando ao dano não correspondem a as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral”.⁸²

⁸⁰ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2009, p. 148-149. v. 38.

⁸¹ FONSECA, Arnold Medeiros. Dano moral. In: SANTOS. J. M. C. (Coord.). *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961, p. 242. v. 14.

⁸² DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 852. v. 2.

Entretanto, a doutrina passou a considerar o critério negativo por exclusão insuficiente e insatisfatório, pois, ao se afirmar que dano moral é causa tão somente de dor moral, repete-se a ideia com uma troca de palavras. Assim, da análise dos elementos essenciais dessa espécie de dano, surgiram diversas conceituações para o dano extramaterial.⁸³

Parte da doutrina passou a conceituar danos extramateriais como sendo os sentimentos de dor, vexame, sofrimento, humilhação, entre outros semelhantes.⁸⁴ Nessa linha, para alguns doutrinadores, o dano extramaterial:

“Não é o dinheiro, nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, ma as dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injuria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado”.⁸⁵

“Se traduzem (os danos extramateriais) em turbações de ânimo, em relações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado”.⁸⁶

O equívoco dessa conceituação pode ser percebido visto que as perdas patrimoniais também podem provocar padecimento ou sofrimento. Roberto Brebia⁸⁷, com propriedade, já dizia que

“[...] mesmo uma ofensa a um direito patrimonial pode ocasionar no titular do direito ofendido uma comoção ou perturbação psíquica: um atentado contra o direito de propriedade pode trazer, como consequência, a par da lesão patrimonial, uma dor moral produzida pelo desprezo alheio a um direito”.

Além disso, o dano extramaterial não se resume ao sofrimento, podendo prescindir dele.⁸⁸

⁸³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitives damages na experiência da common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 37.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 852. v. 2.

⁸⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 31.

⁸⁷ BREBIA apud ANDRADE, op. cit.

⁸⁸ ANDRADE, op. cit., p.40.

Outra parte da doutrina caracteriza o dano existencial como lesão aos direitos da personalidade. Essa nova caracterização contribuiu para oferecer maior rigor técnico ao exame de casos, pois para caracterizar o dano extrapatrimonial não é mais necessária a prova do sofrimento em si⁸⁹, o que evita praxe anteriormente recorrente de avaliar a ofensa com base no senso comum.⁹⁰

Nesse aspecto, Hector Valverde⁹¹ entende que se deve, em primeiro lugar, abandonar a concepção de que dano extramaterial pressupõe dor da vítima, para localizá-lo na ideia de lesão ou privação de um direito da personalidade; em segundo lugar, considerar que o atentado ao direito da personalidade deve ser reparado, já que toda violação de direito subjetivo tem uma sanção. Nessa linha Nelson Rosenvald leciona que:

“[...] Todo direito da personalidade é, em última instância, um direito fundamental e emana do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Consiste a dignidade na prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo a saúde) e de fruir um âmbito existencial próprio. Todo dano moral é uma violação à personalidade, sendo esta parte integrante da dignidade da pessoa humana. Por isto, é possível conceituar o dano moral como lesão à dignidade da pessoa humana. Por tais razões, não se pode conceituar o dano moral como o sofrimento, a dor e a tristeza. Estes sofrimentos não passam de algumas das consequências d ofensa um direito da personalidade”.⁹²

Nesse diapasão, o professor Sergio Cavalieri Filho conceitua dano extramaterial como sendo “a lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima”.⁹³

⁸⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direitos das obrigações e responsabilidade civil*. 6. ed São Paulo: Método, 2011, p. 410.

⁹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 332.

⁹¹ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2009, p. 148-153. v. 38.

⁹² ROSENVALD, Néelson. *Direitos das obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 270.

⁹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 74.

No ensino de Carlos Alberto Bittar:

“Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera de subjetividade, ou seja, aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)”.⁹⁴

Por fim, Paulo Luiz Lôbo, em estudo específico sobre a interação dos direitos da personalidade com o dano extramaterial, conclui que “não há outras hipóteses de danos morais além das violações aos direitos da personalidade”.⁹⁵

A abrangência da conceituação de que dano extramaterial consiste em lesão aos direitos da personalidade tem sido mitigada de maneira subjetiva e arbitrária, porquanto nem toda alteração anímica do sujeito pode ser considerada um dano extramaterial. Diante disso, os juízes tentam evitar que o dano se configure em “mero desconforto ou aborrecimento”.⁹⁶ Segundo o julgado da Quinta Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS)⁹⁷, amparado pela norma do parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, infere-se que

“[...] a indenização por dano moral se destina a reparar um mal causado à pessoa que resulte em um desgosto, aflição, transtornos que influenciem no seu equilíbrio psicológico e, não, apenas incômodo transtornos que são comuns na vida em sociedade [...]”.

⁹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 41.

⁹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos à personalidade*. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 41.

⁹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana*. 3. ed, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 331.

⁹⁷ TJRS, ApC. n. 70008512121, 5.a C., j. 25.11.2004., Rel. Ana Maria Nedel Scalzilli, DJU. 22.12.2004. EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. SEGURO NÃO CONTRATADO. COBRANÇA INDEVIDA DE PRÊMIO. A indenização por dano moral se destina a reparar um mal causado à pessoa que resulte em um desgosto, aflição, transtornos que influenciem no seu equilíbrio psicológico e não apenas incômodos e transtornos que são comuns na vida em sociedade, como o caso dos autos. Demonstrado que foi indevida a cobrança mensal de prêmio de seguro, deve a importância ser restituída em dobro. Inteligência do parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor. Recursos de apelação e adesivo improvidos.

Portanto, conceitua-se dano extramaterial como privação ou lesão ao direito da personalidade, independentemente de repercussão patrimonial direta, desconsiderando-se o mero mal-estar, o dissabor ou a vicissitude do cotidiano, sendo que a sanção consiste em uma indenização, cujo valor é fixado pelo juiz, com finalidade de compensar a vítima.⁹⁸

Nesse ponto importa analisar a reparação dos danos extramateriais. O direito brasileiro sempre aceitou indenizar os danos patrimoniais, entretanto o mesmo não ocorreu com os danos extramateriais. A resistência à adesão a reparabilidade do direito civil é compreensível através da análise dos argumentos dos defensores desse posicionamento.

Um dos principais argumentos dessa tese era que não havia certeza da existência dessa espécie de dano, já que se considerava a comprovação dos danos extramateriais muitas vezes difícil ou até mesmo impossível de ser feita em juízo, pois tais danos extramateriais se confundiam com dor, elemento psicológico que não pode ser provado. A partir do momento em que o dano extramaterial foi conceituado como violação de interesses juridicamente tutelados que integram a personalidade, tornou-se mais fácil essa comprovação assim como a aceitação da tese de reparabilidade dos danos extramateriais.⁹⁹

A superação da ideia de irreparabilidade dos danos extramateriais se deu de forma *paulitana*. Inicialmente, o ordenamento jurídico brasileiro passou a reconhecer a reparabilidade dos danos extramateriais apenas em situações excepcionais expressamente previstas em lei. O próprio Código Civil (CC) de 1916 previa algumas situações pontuais e depois surgiram novas leis que vieram aumentar esse rol de situações.¹⁰⁰ A Constituição Federal (CF) de 1988 é que consagrou, nos incisos V e X de seu art. 5º, a possibilidade de reparação dessa espécie de dano.¹⁰¹

⁹⁸ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2009, p. 148-153. v. 38.

⁹⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitives damages na experiência da common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 150.

¹⁰⁰ Ibidem, p.152.

¹⁰¹ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 331.

Aceita a tese de reparabilidade dos danos extramateriais, a doutrina e a jurisprudência passam a discutir o papel dessa forma de relação jurídica. O reconhecimento majoritário da doutrina é que a reparação por essa espécie de dano exerce uma função diversa da indenização por dano material.¹⁰²

A indenização do dano material é representada por uma diminuição patrimonial da vítima. Nesse caso, a finalidade é a reparação integral, visto que é possível restabelecer a situação da vítima ao momento anterior à prática do ato lesivo, seja por intermédio da reparação natural ou da reparação em dinheiro. Concernente à lesão ou privação ao exercício dos direitos da personalidade, não há como chegar a uma equivalência absoluta entre o prejuízo experimentado e o montante devido pelo ofensor. Portanto, o operador do direito deve buscar reparar os danos extramateriais por meio de uma equivalência relativa, a fim de compensar a vítima.¹⁰³

Assim, a finalidade da reparação dos danos extramateriais não é alcançar uma equivalência de índole patrimonial em relação ao dano, mas proporcionar uma forma de satisfação ou compensação do ofendido, ainda que imperfeita. A compensação pecuniária, apesar de não apagar o dano extramaterial ocorrido, serve para aliviar o sofrimento do ofendido.¹⁰⁴

Fernando Noronha¹⁰⁵ entende que a reparação dos danos não sujeitos à avaliação pecuniária obedece em regra ao princípio da satisfação compensatória. O quantitativo pecuniário a ser concedido ao lesado, será o valor necessário para lhe proporcionar um lentivo ao sofrimento infligido ou uma compensação pela ofensa à vida ou à integridade física.

¹⁰² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitives damages na experiência da common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 151.

¹⁰³ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2009, p. 155. v. 38.

¹⁰⁴ ANDRADE, op. cit., p. 154.

¹⁰⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 596. v. 1

Nessa linha, Clayton Reis explicita:

“[...] inequívoco que para o lesado o quantum indenizatório possui uma função de compensação pela ‘quebra da paz’, e objetiva, na medida do possível, restabelecer o seu ânimo violado. Mas nesse aspecto, o processo indenizatório há de consolidar a ideia definitiva de que se trata de uma restituição em nível de equivalência, sob pena de o processo indenizatório não atender aos pressupostos formais da responsabilidade civil, bem como negar ao preceito constitucional sedimentado na ideia de que a indenização seja proporcional ao agravo”.¹⁰⁶

Nessa mesma senda, Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavaliere Filho¹⁰⁷ asseveram que “em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insuscetível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado, em geral, com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização”.

Arnaldo Rizzardo¹⁰⁸ corrobora com esse entendimento ao afirmar que “justamente por não envolver dano patrimonial, não se adapta a condenação ao significado de ressarcimento ou indenização do dano moral, mas consiste em uma compensação, um lentivo, uma consolação”.

Maria Celina Bodin¹⁰⁹ também versa sobre o tema:

“Aquele que sofre um dano moral deve ter direito a uma satisfação de cunho compensatório. Diz-se compensação, pois o dano moral não é propriamente indenizável, “indenizar” é a palavra que provém do latim, ‘*in dine*’, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências – o que, evidentemente, não é possível no caso de uma lesão de ordem extramaterial. Prefere-se, assim, dizer que o dano moral é compensável, embora o próprio texto constitucional, em seu art. 5, X, se refira a indenização do dano moral”.

¹⁰⁶ REIS, Clayton. Avaliação do dano moral. 3. ed. Rio de Janeiro, 2000. In: REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 274.

¹⁰⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo código civil. Da responsabilidade civil, das preferências, e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 101-102. v. XIII.

¹⁰⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *A reparação nos acidentes de trânsito*. 9. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 576.

¹⁰⁹ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 145.

Pode-se observar, por fim, que a própria jurisprudência brasileira tem reconhecido a função compensatória da reparação do dano extramaterial como se depreende da análise do voto da Min. Nancy Andrighi, no julgamento do Resp 318.379/MG:

“A indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar de sua *ratio essendi* compensatória, e, assim, causar um enriquecimento indevido à parte. É preciso que o prejuízo da vítima seja aquilatado numa visão solidária da dor sofrida, para que a indenização se aproxime o máximo possível do justo. Na hipótese dos autos, restou patente que, em decorrência do acidente sofrido, foram de grande monta os sofrimentos suportados pela autora, seja no desgaste a que foi acometida de ter de se submeter a tratamento médico-cirúrgico, seja nos efeitos negativos psicológicos que a deformidade lesionante na face da autora trouxeram a sua vaidade feminina, afetando, até nova adaptação, seu convívio familiar e social. Com efeito, a complexidade de ser humano e seus sentimentos não podem ser olvidados no proferimento de juízos de valor, e na avaliação do quantum a ser estipulado à título de compensação, por certo imperfeita, dos danos morais”.¹¹⁰

Em suma, a natureza jurídica da reparação dos danos extramateriais é a compensatória, porquanto a reparação não exprime o pagamento de um valor que restitua a vítima à situação anterior à lesão, mas sim uma quantia que atenua, reduza a ofensa à personalidade.

¹¹⁰ STJ, REsp. n. 318.379/MG, 3.a T., j 20.09.2001, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ. 29.10.2001. EMENTA: RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. LESÃO PERMANENTE. A indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar da razão compensatória para a qual foi predisposta. Excepcionalmente, o controle da quantificação do dano moral é admitida em sede de recurso especial para que não se negue ao lesado o direito à reparação pela ação ilícita de outrem.

2.2 Critérios para a quantificação do dano extramaterial: é possível a reparação punitiva no Brasil?

A valoração dos danos extramateriais, que o nosso sistema confia ao magistrado, reveste-se de especial dificuldade, pois é ampla a possibilidade de compensar os danos extramateriais.¹¹¹ Isso decorre da previsão incerta do art. 944 do CC, que não apresenta regra legal objetiva acerca dos limites para a fixação de indenização a título de dano extramaterial. Estabelece o referido artigo que, sendo as obrigações indeterminadas (ou seja, ilíquidas), “apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar”. A lei processual nada determina sobre a fixação do *quantum* indenizatório.¹¹²

Além disso, a natureza subjetiva do dano torna incompatível a construção de um sistema rígido de delimitação de valores em virtude da dificuldade de encontrar uma quantia que corresponda com exatidão o dano extramaterial sofrido.¹¹³ O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao afastar as barreiras impostas pela tarifação dos danos extramateriais, dificultou ainda mais a aferição desse *quantum* indenizatório.¹¹⁴

É de analisar a pertinência ou não da limitação da reparação dos danos extramateriais. A CF de 1988, ao estabelecer em seu art. 5º, V que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização do dano material, moral ou à imagem”, elimina qualquer pretensão de impor limites ao dano extramaterial.

Diante dessa previsão, doutrinadores e magistrados consideraram que não houve recepção dos artigos de algumas leis, como o art. 51 da Lei de Imprensa (que está com eficácia suspensa por força da decisão liminar do Supremo Tribunal

¹¹¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: (*punitive damages* e o Direito Brasileiro). *Revista CEJ*, n. 28, v. 9, p. 22, jan./mar. 2005.

¹¹² SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo código civil. *Revista Trimestral do Direito Civil*, a. 3, v.12, p. 4, out./dez. 2002.

¹¹³ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2009, p. 200. v. 38.

¹¹⁴ SCHREIBER, op. cit.

Federal (STF) na arguição de descumprimento do preceito fundamental 130/DF, em 27 de fevereiro de 2008)¹¹⁵, visto que tais artigos tarifam os danos extramateriais.

Rogério Ferraz Donnini e Odvaldo Donnini sustentam que a “Constituição Federal consagra a indenização irrestrita, tanto por dano moral quanto por dano material, razão pela qual não houve recepção das tariffações prevista na Lei de Imprensa”. Consideram que as tariffações da Lei de Imprensa representam privilégio injustificável conferido a um segmento profissional, bem como os valores previstos não correspondem à indenização ampla e, em determinados casos, proporcional ao agravo, conforme impõe a CF de 1988.¹¹⁶

A jurisprudência brasileira consolidou, com a edição do enunciado da Súmula nº. 281 do STJ, o entendimento de que “a indenização por dano moral não está sujeita à tariffação prevista na Lei de Imprensa”.

De fato não há outro caminho para a quantificação dos danos extramateriais que não o arbitramento pelo magistrado de um valor que lhe pareça suficiente de compensar o prejuízo sofrido. Isso não significa, contudo, que o juiz terá “livre arbítrio” na estipulação da quantia. É pacífico que o magistrado deve seguir determinados critérios no arbitramento do dano extramaterial e é também necessário que tais critérios e toda a motivação que embasa o arbitramento constem expressamente na sentença, sob pena de se tornar inviável o direito à ampla defesa e ao contraditório.¹¹⁷

Hector Valverde¹¹⁸ leciona que

¹¹⁵ Art. 51 da Lei nº. 5.250/1967 (Lei da Imprensa): Art. 51 – A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia: I – a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, n^{os}. II e IV). II – a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decôro de alguém; III – a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém; IV – a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º).

¹¹⁶ DONNINI, Rogério Ferraz; DONNINI, Oduvaldo. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação a luz do novo código civil*. São Paulo: Método, 2002, p. 122-125.

¹¹⁷ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo código civil. *Revista Trimestral do Direito Civil*, a. 3, v. 12, p. 4, out./dez. 2002.

¹¹⁸ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2009, p. 218. v. 38.

“[...] a sentença desprovida de motivação é ato arbitrário, que gera situação incompatível com a missão do Poder Judiciário de compor os litígios e contrária ao Estado Democrático de Direito. Somente por intermédio do conhecimento pleno das razões da sentença é que a via recursal será viável”.

Portanto, a motivação deve ser minuciosa cotendo além dos pressupostos da responsabilidade civil, o critério que pautou a sua orientação e as regras de experiência de que se valeu para fixar o *quantum* indenizatório.

Apesar de os limites de tarifação não serem mais utilizados pela jurisprudência brasileira, com a falta de critérios definidos no CC, os diferentes parâmetros para aferição dos danos extramateriais ainda são respaldados no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº. 4117/62) e na Lei de Imprensa¹¹⁹. Isso porque os critérios neles estabelecidos não se tratam de tarifamento propriamente dito, mas de indicação de parâmetros que deverão ser considerados na fixação do *quantum* indenizatório.

Apesar de as decisões judiciais oscilarem quanto aos critérios a serem utilizados¹²⁰, os principais critérios adotados pela jurisprudência brasileira são: a gravidade do dano; a capacidade econômica da vítima; capacidade econômica do ofensor; o grau de culpa do ofensor. O julgado¹²¹ a seguir demonstra a aplicação dos critérios apontados e a função punitiva da reparação dos danos extramateriais:

“DANO MORAL. REPARAÇÃO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO VALOR. CONDENAÇÃO ANTERIOR, EM QUANTIA MENOR. Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição socioeconômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima. Ademais, a reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a desestimular a

¹¹⁹ Um artigo utilizado é o art. 53 da Lei de Imprensa (Lei nº. 5.250/67): Art. 53 – No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente: I – a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; II – a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação; III – a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.

¹²⁰ COELHO, Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral*: aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou valor da reparação. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 231.

¹²¹ STJ, REsp 355.392/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Castro Filho, 3º Turma, j. 26.03.2002, DJ 17.06.2002, p. 258.

prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação de contributo a enriquecimentos injustificáveis. Verificada condenação anterior, de outro órgão de imprensa, em quantia bem inferior, por fatos análogos, é lícito ao STJ conhecer do recurso pela alínea c do permissivo constitucional e reduzir o valor arbitrado a título de reparação. Recurso conhecido e, por maioria, provido”.

O primeiro critério deve ser mensurado mediante verificação da extensão do dano, que abrange dois aspectos: o alcance e a duração. O alcance guarda relação com o aspecto espacial, podendo o dano ser limitado ou amplo. Já a duração está vinculada ao fator temporal, podendo o dano ser temporário ou definitivo.¹²²

Neste critério será observada ainda a magnitude da lesão; serão levados em conta os sofrimentos psíquicos e afetivos que a vítima sofreu. A dor – termo que deve ser compreendido como medo, emoção, trauma, angústia, vergonha, pena física ou moral, por exemplo - também será tomada em consideração.¹²³

Assim, verifica-se claramente que o dano sofrido é o principal a ser considerado como parâmetro de arbitramento – dos danos extramateriais. Isso porque a reparação deve guardar efetiva relação com a intensidade do prejuízo sofrido.¹²⁴

O segundo critério se propõe a observar a realidade social e econômica da vítima do dano. Ao concentrar-se na realidade econômica da vítima e não na sua condição pessoal, cria-se uma visível contradição com a tábua axiológica da CF de 1988, que privilegia valores extrapatrimoniais.¹²⁵

As cortes brasileiras vêm utilizando esse critério como título de redução da indenização dos danos extramateriais, sob a alegação de que por meio da aferição da capacidade econômica da vítima, está-se impedindo o enriquecimento sem causa, fundamento moral extraído da premissa de que ninguém poderá locupletar-se à custa de outrem. Supõe-se que pessoas de classes sociais diferentes sofram em

¹²² MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana*. 3. ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 298.

¹²³ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 188.

¹²⁴ COELHO, Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral: aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou valor da reparação*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 234.

¹²⁵ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo código civil. *Revista Trimestral do Direito Civil*, a. 3, v. 12, p. 11, out./dez. 2002.

proporções diferentes, sendo, por consequência, avaliado o sentimento da pessoa.¹²⁶ Isso pode ser claramente depreendido do julgado¹²⁷ abaixo exposto:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OAB. IRREGULAR APLICAÇÃO DE PENALIDADE DISCIPLINAR A ADVOGADO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADA. VALOR EXORBITANTE E DESPROPORCIONAL. REVISÃO. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

1. O dissídio jurisprudencial, fundado na letra c do permissivo constitucional, foi devidamente comprovado e demonstrado, nos termos exigidos pelos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

2. O recorrido, na condição de advogado, sofreu irregular aplicação de penalidade disciplinar (suspensão do exercício profissional por 120 dias) aplicada pela recorrente. O Tribunal *a quo*, diante disso, condenou a recorrente ao pagamento de indenização por danos morais fixada em R\$ 150.000,00, acrescida de juros e correção monetária.

3. O STJ consolidou entendimento no sentido de que é possível revisar o valor da indenização por danos morais quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem que isso implique reexame dos aspectos fáticos da lide.

4. Na hipótese, considerando as circunstâncias do caso, **as condições econômicas das partes e a finalidade da reparação**, a indenização de R\$ 150.000,00, equivalente a quinhentos salários mínimos, é manifestamente exorbitante e desproporcional à ofensa sofrida pelo recorrido, devendo, portanto, ser reduzida para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

5. A indenização por dano moral deve ter conteúdo didático, de modo a coibir a reincidência do causador do dano, sem, contudo, proporcionar enriquecimento sem causa à vítima.

6. Recurso especial parcialmente provido”. (grifo nosso).

Se o valor da compensação corresponde e se limita ao dano sofrido, não há enriquecimento sem causa, visto que a causa da indenização é o próprio dano. A aplicação do princípio do enriquecimento sem causa tem levado os tribunais a estipular, em lesões semelhantes, indenizações menores para pessoas economicamente mais favorecidas.¹²⁸

¹²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana*. 3. ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 298.

¹²⁷ REsp 739102/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/10/2005, DJ 07/11/2005, p. 131.

¹²⁸ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo código civil. *Revista Trimestral do Direito Civil*, a. 3, v. 12, p. 11, out./dez. 2002.

Pietro Perlingieri leciona que “o arbitramento do dano moral deve corresponder, sim, às condições pessoais e às reais consequências do dano sobre a personalidade, mas nunca às suas condições econômicas”.¹²⁹

O terceiro critério diz respeito a situação econômica e social do ofensor. A jurisprudência tem entendido que a indenização deve ser um desestímulo para a prática de determinada conduta, portanto deve-se determinar uma maior indenização aos ofensores mais favorecidos economicamente. É esse o posicionamento do STJ¹³⁰:

“PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REVISÃO. SÚMULA 07/STJ.

1. O acórdão recorrido, com base na análise dos fatos e das provas, concluiu que ficou configurado o dano moral a ensejar reparação e, considerando o ato ilícito praticado, **o potencial econômico da ofensora, o caráter punitivo-compensatório** da indenização e os parâmetros adotados em casos semelhantes, manteve o valor fixado na sentença.

2. Se o valor dos danos morais se ajusta aos parâmetros de razoabilidade e de proporcionalidade, como na espécie, a alteração do entendimento adotado pelo Tribunal de origem, a fim de acolher a pretensão da agravante de afastar ou reduzir a condenação por tais danos, torna-se tarefa inviável de ser realizada na via do recurso especial, por força do óbice da Súmula 7/STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

3. Agravo regimental não provido”. (grifo nosso).

Apesar de parecer à primeira vista uma ideia sedutora, ao converter a responsabilidade em punição, cria-se uma verdadeira injustiça quando se observa que nesses casos se dá margem ao enriquecimento sem causa, já que a indenização irá superar a extensão efetiva do dano.¹³¹

O grau da culpa do ofensor é o quarto critério utilizado para fixação dos danos imateriais. A jurisprudência se concentra mais uma vez no intuito punitivo e entende que o comportamento do ofensor tem relevância, pois a indenização deve consistir

¹²⁹ PELINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 174.

¹³⁰ AgRg no AREsp 132.553/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 23/04/2012.

¹³¹ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo código civil. *Revista Trimestral do Direito Civil*, a. 3, v. 12, p. 12, out./dez. 2002.

em parte em sanção exemplar. É o que se observa na ementa do STJ¹³² abaixo transcrita:

“RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. HOMICÍDIO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ATOS DOLOSOS. CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO E COMPENSATÓRIO DA REPARAÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO. UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO INDEXADOR. IMPOSSIBILIDADE. ART. 475-J DO CPC. VIOLAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta e a gravidade do ato ilícito e do dano causado.

2. Sendo a **conduta dolosa** do agente dirigida ao fim ilícito de ceifar as vidas das vítimas, o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se também no **caráter punitivo e pedagógico** da compensação.

3. Nesse contexto, mostra-se adequada a fixação pelas instâncias ordinárias da reparação em 950 salários mínimos, a serem rateados entre os autores, não sendo necessária a intervenção deste Tribunal Superior para a revisão do valor arbitrado a título de danos morais, salvo quanto à indexação.

4. É necessário alterar-se o valor da reparação apenas quanto à vedada utilização do salário mínimo como indexador do quantum devido (CF, art. 7º, IV, parte final). Precedentes.

5. A multa do art. 475-J do CPC só pode ter lugar após a prévia intimação do devedor, pessoalmente ou por intermédio de seu advogado, para o pagamento do montante indenizatório. Precedentes.

6. Recurso especial parcialmente provido”. (grifo nosso).

O magistrado ao invocar o grau de culpa da vítima como parâmetro para arbitramento dos danos extramateriais, desvia a atenção do dano sofrido pela vítima e passa a valorar a conduta do ofensor. Como o dano sofrido pela vítima permanece o mesmo, independentemente de ter sido causado por culpa leve, culpa grave ou dolo, aplicar compensação superior àqueles que tiveram um maior grau de culpa, daria causa ao enriquecimento ilícito já que, nesses casos, a indenização se torna superior ao do prejuízo causado.¹³³

Além disso, segundo esse critério, será impossível pleitear a reparação dos danos extramateriais em casos de responsabilidade valorada pelo critério objetivo,

¹³² REsp 1300187/MS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 28/05/2012

¹³³ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo código civil. *Revista Trimestral do Direito Civil*, a. 3, v. 12, p. 11, out./dez. 2002.

porquanto não há como saber “o quanto” o agente foi culpado, já que a conduta e as características pessoais do ofensor nessa espécie de responsabilidade não são, a princípio, objeto de valoração. Assim, percebe-se que o critério da necessidade de analisar o comportamento do ofensor para fixar a reparação dos danos extramateriais caminha claramente em oposição à responsabilidade civil, visto que a tendência do novo CC é ampliar, cada vez mais, as hipóteses de responsabilidade objetiva, o que acarreta a não apreciação da subjetividade da conduta do ofensor nesses casos.¹³⁴

Conclui-se que dos quatro critérios mencionados apenas a gravidade do dano se justifica como parâmetro de arbitramento dos danos extramateriais. Os demais critérios são discutíveis e parecem revelar, em última análise, que a doutrina e a jurisprudência têm caminhado, em matéria de dano extramaterial, no sentido oposto à tendência evolutiva da responsabilidade civil. Enquanto a responsabilidade civil parece dirigir-se a proteção à dignidade da pessoa humana, a dar ênfase à gravidade do dano e, conseqüentemente, à libertação do propósito inculcador, as cortes brasileiras permanecem, em tema de reparação dos danos extramateriais, atreladas a parâmetro de nítido teor punitivo, relacionados ao poderio econômico e à conduta do causador do dano.¹³⁵

A doutrina e a jurisprudência além de usar critérios punitivos para o cálculo do prejuízo moral elevam, vez ou outra, as indenizações com o objetivo de aplicar uma reparação punitiva ou pedagógica aos danos extramateriais. A tendência acabou incorporada ao Projeto de Lei (PL) n°. 6.960, que propõe a inclusão do § 2º do art. 944 do CC, com a seguinte redação: a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.¹³⁶

Os defensores desse posicionamento entendem que a indenização tem um caráter punitivo ou disciplinador, tese adotada pelos Estados Unidos da América (EUA), com o conceito dos *punitives damages*. *Punitives damages*, em sua atual formatação naquele país, são indenizações obtidas pela vítima quando os atos do ofensor forem considerados maliciosos, violentos, opressivos, fraudulentos, temerários ou significativamente negligentes.

¹³⁴ Ibidem, p. 15.

¹³⁵ Idem, p. 11.

¹³⁶ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo código civil. *Revista Trimestral do Direito Civil*, a. 3, v. 12, p. 11, out./dez. 2002.

Em consonância com essa diretriz, Carlos Alberto Bittar¹³⁷ explicita que “a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo”. Nessa linha, posiciona-se André Gustavo Corrêa de Andrade¹³⁸:

“Quando se impõe uma sanção pecuniária não relacionada diretamente com a extensão do dano, está sendo assinalado para o ofensor em particular e para a sociedade em geral que aquela conduta é inaceitável, reprovável, intolerável e não deve se repetir”.

Nesse diapasão, a jurisprudência brasileira passa a sustentar que a reparação dos danos extramateriais tem dupla finalidade: o de compensar o sofrimento da vítima e o de desestimular a prática do ato ilícito por meio da punição do ofensor. Isso pode ser claramente observado no julgado¹³⁹ a seguir:

“ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE – CIVIL – DANO MORAL – VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua **dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir.**
2. Posição jurisprudencial que contorna o óbice da Súmula 7/STJ, pela valoração jurídica da prova.
3. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais.
4. Recurso especial parcialmente provido”. (grifo nosso).

Nesse prisma, Maria Helena Diniz¹⁴⁰ afirma que “a reparação do dano extramaterial cumpre [...] uma função de justiça corretiva ou sinalagmática, por conjugar, de uma só vez, a natureza satisfatória e a natureza penal da indenização”.

André Gustavo Corrêa de Andrade também segue essa linha ao afirmar que

¹³⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 233.

¹³⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitives damages na experiência da common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 241.

¹³⁹ REsp 604801/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/03/2004, DJ 07/03/2005, p. 214.

¹⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. Indenização por dano moral. A problemática do *quantum*. *JurInforma – Responsabilidade Civil*. Disponível em: <<http://www.jurinforma.com.br>>. Acesso em: 16 jul. 2000.

“[...] não deve causar estranheza o emprego de uma sanção de natureza penal na esfera do direito civil. Os domínios do Direito Civil e do Direito Penal nunca foram fechados ao tráfego de seus institutos mais característicos. A separação entre os dois ramos do Direito não é e nem deve ser absoluta”.¹⁴¹

A grande preocupação de inserir, no Brasil, o caráter punitivo como aumento de quantia nas indenizações aos danos extramateriais advém da experiência norte-americana com os *punitives damages*, o que justifica a breve análise das origens e do desenvolvimento dos *punitives damages* norte-americanos, feita a seguir.

Historicamente, os *punitives damages* norte-americanos surgiram no século XVIII, de uma antiga orientação jurisprudencial inglesa. A partir dessa aplicação restrita, os *punitives damages* começaram a ganhar força nos séculos XIX e XX, sobretudo no desenvolvimento das relações de massa e do setor empresarial. No início de 1990, os *punitives damages* atingiram seu ápice e passaram a ser empregados como forma de desestímulo às práticas abusivas de grandes corporações em face dos consumidores. Entretanto, na metade do século XX, as altas indenizações passaram a atrair críticas, o que levou esse instituto a, progressivamente, perder a importância, a sofrer significativas restrições.¹⁴²

A principal crítica aos *punitives damages* diz respeito à absoluta imprevisibilidade, para alguns um fenômeno que se encontra fora do controle. De fato há situações quase anedóticas. A mais conhecida é a de uma senhora idosa que derramou café em seu colo e obteve uma indenização de US\$ 2,7 milhões da Mc Donald's Corporation, um típico caso considerado do desequilíbrio presente no fenômeno.¹⁴³

Assim, por toda parte dos EUA têm surgido tentativas de restrição e até de supressão desse instituto. Apesar de cada estado americano adotar um posicionamento, a redução da adoção dos *punitives damages* foi significativa. As notícias de indenizações milionárias, que percorreram o mundo no início da década

¹⁴¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitives damages na experiência da common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 243.

¹⁴² SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo código civil. *Revista Trimestral do Direito Civil*, a. 3, v. 12, p. 17, out./dez. 2002.

¹⁴³ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana*. 3. ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 357.

de 90, já não mais correspondem a realidade diária das cortes americanas. As indenizações permanecem, sim, relativamente elevadas, mas restritas, em sua maioria, ao âmbito da compensação.¹⁴⁴

Portanto, a referência dos doutrinadores aos *punitives damages* é temerária visto o fracasso desse instituto no seu país de origem. Como se não bastasse, a forma que ele está sendo executado mostra-se inadequada aos problemas e tradição do direito brasileiro.

O sistema jurídico norte-americano da *comum law* é baseado na jurisprudência (*case law*), ou seja, baseado quase que exclusivamente nas decisões dos Tribunais e na regra do *stare decisis*. Justamente por isso, o grande jurista é o juiz, aquele que dissecar os casos concretos. Nos ordenamentos ditos romano-germânicos, como é o caso do ordenamento brasileiro, a regra do direito está presente nos códigos e funda-se numa teoria moral ou numa ciência nacional. Assim, no Brasil, será a lei a determinar quando se estará na presença da hipótese que se possa produzir um caráter punitivo da reparação civil.¹⁴⁵

Apesar de a tese função punitiva da reparação do dano extramaterial contar, atualmente no Brasil, com inúmeros defensores não há, na legislação nacional, nada que autorize a aplicação dessa função punitiva, da forma que está sendo aplicada, ao lado da função compensatória da indenização por danos imateriais. Ao contrário, o instituto dos danos punitivos foi, por diversas vezes, rejeitado pelo legislador nacional.¹⁴⁶

O art. 16 do Projeto do Código de Defesa do Consumidor¹⁴⁷, por exemplo, que contemplava a indenização punitiva, foi vetado quando da sanção do código. Interessante que, mesmo no momento em que *punitives damages* norte-americanos alcançaram a fama e o sucesso, o legislador brasileiro optou por não adotar o

¹⁴⁴ SCHREIBER, op. cit., p. 20.

¹⁴⁵ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 346.

¹⁴⁶ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 346.

¹⁴⁷ Art 16 do CDC (vetado): se comprovada a alta periculosidade do produto ou serviços que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional – BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legislados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e a proporção do dano bem como a situação econômica do responsável.

caráter punitivo dos danos extramateriais no que diz respeito à proteção do consumidor.¹⁴⁸

Além disso, o próprio CC, no seu art. 944, dispõe que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. A única exceção a esse artigo está no seu parágrafo único, que prevê a redução equitativa da indenização quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Ora se há previsão expressa da possibilidade de redução e não de aumento, é de concluir que o próprio Código Civil repeliu a ideia de indenização punitiva.¹⁴⁹

Inclusive o PL n°. 6.960, que propôs a inclusão do § 2º do art. 944 do CC, apesar de incorporar o caráter punitivo, não o distingui do caráter compensatório, tratando ambos como partes indiferenciáveis do gênero reparação, o que causa graves danos a segurança jurídica. Além disso, o dispositivo deixa de prever requisitos específicos para a aplicação do caráter punitivo e critérios que controlem a sua particular quantificação.¹⁵⁰ Nessa linha foi a justificativa para a rejeição do referido PL:

“A doutrina define o dano moral de várias formas. Todas as definições, entretanto, são coincidentes no que diz respeito a ser referente ao dano de bens não patrimoniais ou não econômicos do lesado. Em nenhum lugar a indenização do dano moral é relacionado à pena. É justamente esse caráter de pena que hora se pretende dar quando o PL diz: “adequado desestímulo ao lesante”. Além do mais confere-se ao juiz um arbítrio perigoso porque não se delimita a fronteira entre o dano efetivo e o adequado desestímulo ao cometimento de futuro atos ilícitos. Cria também um duplo critério de avaliação da indenização. O critério para cálculo do valor da indenização do dano, tanto do material quanto o do moral, deve ser o da sua extensão. Pela rejeição”.¹⁵¹

Verifica-se outro ponto importante em que os *punitives damages* norte-americanos se diferenciam das reparações punitivas no Brasil: enquanto no Brasil o caráter punitivo e compensatório partes indiferenciáveis do gênero reparação, nos EUA os *punitives damages* são uma categoria diversa dos *compensatory damages*.

¹⁴⁸ MORAES, op. cit.

¹⁴⁹ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo código civil. *Revista Trimestral do Direito Civil*, a. 3, v. 12, p. 13, out./dez. 2002.

¹⁵⁰ SCHREIBER, ibidem.

¹⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 348.

Nas decisões das cortes norte-americanas, os valores e os fundamentos das indenizações compensatória e punitiva jamais se misturam.¹⁵²

No Brasil, a aplicação do caráter punitivo no Brasil, seja como título autônomo para a elevação do *quantum* indenizatório, seja como critério para seu cálculo, contraria a tradição do ordenamento brasileiro que, na esteira dos países do sistema romano-germânico, sempre atribuiu à responsabilidade civil caráter preferencialmente compensatório.¹⁵³ Maria Celina Bodin¹⁵⁴ afirma que, segundo a tradição brasileira, a ideia do caráter punitivo é extravagante na medida em “que a reparação não se constitui mais como o fim último da responsabilidade civil, mas a ela se atribuem, também como intrínsecas, as funções de punição e dissuasão, de castigo e prevenção”.

Nessa senda, posicionam-se Flávio Tartuce e Márcio Araújo¹⁵⁵:

“[...] Ora, não é compatível com a teoria da responsabilidade civil admitir que a teoria sancionatória seja mais adequada, pois esta cuida apenas da e tão-somente da indenização da vítima e não da punição do ofensor. Ou seja, a ideia de punir desfigura a da indenização. Ademais, a ideia de punição deságua em fixação de valores divorciados da real necessidade do ofendido, que nada mais é do que se ver compensado em sua dor. O dano moral, cuja indenizabilidade é prevista. Portanto, concluímos pela necessidade de conforção do Texto Constitucional e o novo Código Civil, devendo o aplicador do Direito declinar pela aplicação de uma das duas normas, de acordo com a sua convicção e buscando sempre o preceito máximo da justiça. Em casos tais, percebe-se-á mais ainda que a atuação do juiz é ideológica: levando este as suas experiências pessoais e sua formação institucional para o caso que julga”.

Além disso, em sede civil não se colocam a disposição do ofensor as garantias substanciais e processuais tradicionalmente prescritas ao imputado no juízo criminal.¹⁵⁶ Consequentemente, os juízos cíveis estipulam valores que lhe parecem convenientes, com uma maior esfera de discricionariedade que o juízo

¹⁵² SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo código civil. *Revista Trimestral do Direito Civil*, a. 3, v. 12, p. 18, out./dez. 2002.

¹⁵³ Ibidem, p. 14.

¹⁵⁴ MORAES, op. cit., p. 374.

¹⁵⁵ TARTUCE, Flávio; OPROMOLLA, Márcio Araújo. Direito e constituição. In: *Flávio Tartuce*. 2003. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/artigolenzadoc.doc>>. Acesso em: 01 abr. 2013.

¹⁵⁶ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 375.

criminal.¹⁵⁷ A falta desses critérios objetivos devidamente delineados, poderá conceder ao magistrado o poder de ferir o princípio da legalidade, pois definirá crime sem lei anterior.¹⁵⁸

Pode-se dizer que há um equívoco na aplicação do caráter punitivo no Brasil, na medida em que não há previsão legislativa e, conseqüentemente, garantias para o réu, de modo que se compensa o prejuízo e se pune o ofensor, tudo com uma única quantia, sem distinção de valores, sem aferição de requisitos específicos e sem a devida atenção aos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima. O resultado é que os tribunais tratam de forma unitária quantias atribuídas a títulos inteiramente diversos, fundados em fatos e argumentos distintos.¹⁵⁹

O que se rechaça fundamentalmente na aplicação do caráter punitivo da indenização dos danos extramateriais é a desatenção do magistrado aos prejuízos sofridos pela vítima.¹⁶⁰ Isso porque, apesar de a defesa do caráter punitivo ter como objetivo majorar as indenizações dos danos extramateriais, verifica-se que o montante é, em casos graves, quase sempre insuficiente para amenizar o sofrimento. A fixação dessas baixas indenizações deriva justamente de as cortes brasileiras serem desatentas à efetiva repercussão da lesão sobre a vítima, não relativamente à classe econômica ou ao gênero, mas à pessoa humana, cujas particulares características precisam ser levadas em conta no momento da fixação do *quantum* compensatório.¹⁶¹

Portanto, não é preciso utilizar o caráter punitivo como aumento das indenizações dos danos extramateriais, que não está na legislação vigente, para dar ao autor de danos, especialmente graves, uma justa punição. A correta utilização da função compensatória, cujo escopo deve ser sempre a integral proteção à vítima, em todos e em cada um dos aspectos que compõem a personalidade bastaria, em alguns casos, para fixar um *quantum* reparatório digno. Isso porque a ampla tutela a esses aspectos existenciais já traria um substancial aumento ao valor

¹⁵⁷ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo código civil. *Revista Trimestral do Direito Civil*, a. 3, v. 12, p. 14, out./dez. 2002.

¹⁵⁸ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2006. p. 221.

¹⁵⁹ SCHREIBER, op. cit., p. 20.

¹⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: (*punitive damages* e o Direito Brasileiro). *Revista CEJ*, v. 9, n. 28, p. 22, jan./mar. 2005.

¹⁶¹ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo código civil. *Revista Trimestral do Direito Civil*, a. 3, v. 12, p. 21, out./dez. 2002.

compensatório. Em outros casos, como nos danos coletivos, poderiam ser aplicado o caráter punitivo ou pedagógico, mas não por meio do aumento das indenizações, e sim por meio de aplicação de formas não pecuniárias da reparação dessa espécie de dano, como veremos a seguir.

Capítulo 3 – REPARAÇÃO DO DANO PROPORCIONAL AO AGRAVO

3.1 Meros aborrecimentos e danos extramateriais – a indústria da lesão

O reconhecimento de um espaço de discricionariedade judicial no arbitramento dos danos extramateriais tem estimulado a já analisada erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, o que gerou uma superproliferação das demandas passíveis de ressarcimento.¹⁶² Isso porque, os tribunais, ao reconhecerem como danos meros aborrecimentos e incômodos a que todos estão sujeitos a passar no dia-a-dia, têm incentivado as pessoas a procurarem o Judiciário com único objetivo: o de obter alguma vantagem patrimonial em virtude de tais situações.

Algumas hipóteses de não-cabimento de reparação de danos extramateriais que a jurisprudência da época apontava como passíveis de reparação são:

“Ação ajuizada pelos filhos dezessete anos após a morte do pai (Bol. AASP 2133/1196); Ansiedade decorrente de processo judicial (JTJ-LEX 168/177); Abertura de Inquérito Policial decorrente de falsa atribuição de crime (JTJ-LEX 216/191); Extravio de bagagem, pois a simples sensação de desconforto, de aborrecimento, causado pela perda ou extravio de bagagem durante uma viagem, não constitui dano moral, suscetível de constituir objeto de reparação (RSTJ 471/15); Mero exercício do direito de defesa em juízo (Bol. AASP 2140/9); Pedido de reparação de dano moral feito por homem casado contra a ex-amante (JTJ-LEX 204/20); Representação feita contra advogado à OAB (RT 707/148); Revista pessoal em empregados da empresa para evitar furtos (RT 772/157); Venda indevida de jóia penhorada, pois deferimento de tal pretensão implicaria em admitir que todo fato lesivo provoca necessariamente, *per se*, danos morais (RT 747/445); Sedução de mulher maior, funcionária pública, de boa formação escolar, com promessa de casamento”.¹⁶³

¹⁶² SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 191.

¹⁶³ MARINS, Felipe Fernandes. Dano moral ou mero aborrecimento? *Jus Navigandi*, a. 7, n. 60, 1º de novembro de 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3540/dano-moral-ou-mero-aborrecimento#ixzz2OgG1Tr18>>. Acesso em: 31 mar. 2013.

Outra hipótese é a do cheque pré-datado. A jurisprudência tem entendido que a mera apresentação antecipada desse cheque gera o dever de reparar os danos morais. Nessa linha é o julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

“AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - CHEQUE PRÉ-DATADO - APRESENTAÇÃO ANTECIPADA - DANOS MORAIS - SÚMULA 370/STJ - QUANTUM INDENIZATÓRIO - RAZOABILIDADE - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

1. – Ultrapassar os fundamentos do Acórdão demandaria, inevitavelmente, o reexame de provas, incidindo, à espécie, o óbice da Súmula 7 desta Corte.

2. – **O posicionamento adotado pelo colegiado de origem se coaduna com a jurisprudência desta Corte, que é pacífica no sentido de que a apresentação antecipada de cheque pré-datado gera o dever de indenizar por dano moral, conforme o enunciado 370 da Súmula desta Corte.**

3. – É possível a intervenção desta Corte para reduzir ou aumentar o valor indenizatório por dano moral apenas nos casos em que o quantum arbitrado pelo Acórdão recorrido se mostrar irrisório ou exorbitante, situação que não se faz presente no caso em tela, em que a indenização foi fixada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

4. – O Agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

5. – Agravo Regimental improvido”. (grifo nosso).¹⁶⁴

Baseado em julgados que Gustavo Cauduro Hermes explica que “diversas pessoas verdadeiramente almejam serem agredidas em sua moral para poderem ingressar com ação indenizatória respectiva, e se esforçam de certo modo por isto”.¹⁶⁵ Assim, a atuação das Cortes tem tido menos o papel de tranquilizar inquietações, e mais o de disparar os alertas acerca da superproliferação das demandas passíveis de ressarcimento.¹⁶⁶

Diante de tal situação, muitos argumentam que, no Brasil, existe uma “indústria dos danos morais”. Mais que a preocupação exponencial do número de ações de reparação por danos extramateriais, o uso do termo indústria anuncia uma frontal rejeição à produção mecânica, artificial, com vista à obtenção de lucro, em

¹⁶⁴ AgRg nos EDcl no AREsp 17.440/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2011, DJe 26/10/2011.

¹⁶⁵ HERMES, Gustavo Cauduro. *Combatendo a Indústria do Dano Moral*. Disponível em: <http://www.augure.com.br/content/artigos_detalhe.php?artigo_id=4>. Acesso em: 15 abr. 2011.

¹⁶⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 192.

uma espécie de abordagem capitalizada de um instituto ontologicamente existencial.¹⁶⁷

A expressão “indústria dos danos morais” adquire, no Brasil, uma conotação *ad terrorem* já que na maior parte dos casos, o resultado das ações de danos extramateriais, é antes frustrante que efetivamente enriquecedor.¹⁶⁸ Em um relatório de pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça (MJ)/Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), no projeto “Pensando Direito”¹⁶⁹ se verificou que os valores arbitrados pelos quinze tribunais objeto de pesquisa, distribuídos entre várias regiões do País, são excessivamente baixos, seja na análise de todos em conjunto, seja na análise de cada amostra separadamente.

Nada disso exclui a preocupação dada a expansão do dano porquanto, com a ausência de medidas sobre essa expansão, a “indústria dos danos morais” pode acenar a um futuro possível.¹⁷⁰

Diante de um número razoável de pedidos exorbitantes e desproporcionais, os próprios tribunais, em algumas decisões judiciais, têm colocado um freio contra a expansão do dano ressarcível. As duas principais medidas utilizadas pelo judiciário foram a limitação das indenizações a tetos máximos e a restrição a interesses tipificados.

Um exemplo emblemático da utilização da medida de limitação das indenizações a tetos máximos é a edição do Projeto de Lei nº. 150/1999 que divide o dano extramaterial em leve, médio e grave, de sorte a fixar tetos máximos de 20 mil, 90 mil e 180 mil reais, respectivamente.¹⁷¹ Entretanto, como já visto no capítulo anterior, é inconstitucional esse tipo de limitação.

Exemplos de medidas de restrição de interesses tipificados podem ser observados em julgados que consideram interesses merecedores de tutela como meros aborrecimentos do cotidiano. Nessa linha, os julgados STJ:

¹⁶⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 192.

¹⁶⁸ Ibidem.

¹⁶⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *A quantificação do dano moral no Brasil: justiça, segurança e eficiência*. Convocação nº 001/2010. Série Pensando o Direito nº 37/2011 – versão publicada.

¹⁷⁰ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo código civil. *Revista Trimestral do Direito Civil*, a. 3, v. 12, p. 18, out./dez. 2002.

¹⁷¹ Ibidem.

“PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. SUSPENSÃO INDEVIDA. PARCELAS EM ATRASO. DANOS MORAIS. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. PEDIDO PARCIALMENTE PROCEDENTE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. 1. Evidenciando-se que o INSS suspendeu indevidamente o pagamento do benefício de auxílio-doença ao autor, ele tem direito à percepção integral das competências relativas aos meses de janeiro e fevereiro de 2005, não merecendo reforma a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido. 2. A correção monetária e os juros devem incidir na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução/CJF 134, de 21.12.2010. 3. **É Indevida a condenação** do ente previdenciário em danos morais, vez que o autor não logrou demonstrar a ocorrência de dor, humilhação ou angústia, ônus da parte requerente. **Ademais, o desconforto gerado pela suspensão indevida do benefício será compensado pelo pagamento das parcelas que a apelante deixou de receber, acrescidas de correção monetária e juros de mora.** 3. Apelação a que se nega provimento e remessa oficial, tida por interposta, a que se dá parcial provimento.¹⁷² (grifo nosso).

RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. VEÍCULO NOVO. DEFEITO.

INTEMPESTIVIDADE DE UM DOS RECURSOS ESPECIAIS. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ART. 18 § 3º DO CDC. DEPRECIAÇÃO DO VEÍCULO. SUBSTITUIÇÃO DO BEM. SÚMULA 7. DANO MORAL INEXISTENTE.

1. É intempestivo o recurso especial interposto fora do prazo de 15 dias previsto no artigo 508 do Código de Processo Civil.

2. Ainda que tenham sido substituídas as partes viciadas do veículo no prazo estabelecido no art. 18 § 1º do CDC, o consumidor pode se valer da substituição do produto, com base no § 3º do mesmo artigo, se depreciado o bem.

3. A conclusão acerca da depreciação do bem, a que chegou o Tribunal de origem com base nas provas dos autos, não pode ser revista no âmbito do recurso especial (Súmula 7/STJ).

4. A jurisprudência do STJ, em hipóteses de aquisição de veículo novo com defeito, orienta-se no sentido de que não cabe indenização por dano moral quando os fatos narrados estão no contexto de meros dissabores, sem humilhação, perigo ou abalo à honra e à dignidade do autor.

5. Hipótese em que o defeito, reparado no prazo legal pela concessionária, causou situação de mero aborrecimento ou dissabor não suscetível de indenização por danos morais.

6. Recurso especial de Alvema - Alcântara Veículos e Máquinas LTDA não conhecido e recurso especial de Fiat Automóveis S/A parcialmente provido.¹⁷³ (grifo nosso).

¹⁷² AC 0015006-52.2008.4.01.9199 / RO, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ÂNGELA CATÃO, PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 p.199 de 06/11/2012.

¹⁷³ REsp 1232661/MA, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 15/05/2012.

RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - IMÓVEL - DEFEITO DE CONSTRUÇÃO - INFILTRAÇÕES EM APARTAMENTO - POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO - CONSTATAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - LAMENTÁVEL DISSABOR - DANO MORAL - NÃO CARACTERIZADO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - As recentes orientações desta Corte Superior, a qual alinha-se esta Relatoria, caminham no sentido de se afastar indenizações por danos morais nas hipóteses em que há, na realidade, aborrecimento, a que todos estão sujeitos.

II - Na verdade, a vida em sociedade traduz, infelizmente, em certas ocasiões, dissabores que, embora lamentáveis, não podem justificar a reparação civil, por dano moral. Assim, não é possível se considerar meros incômodos como ensejadores de danos morais, sendo certo que só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou mesmo a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem estar.

III - No caso, a infiltração ocorrida no apartamento dos ora recorrentes, embora tenha causado, é certo, frustração em sua utilização, não justifica, por si só, indenização por danos morais.

Isso porque, embora os defeitos na construção do bem imóvel tenham sido constatados pelas Instâncias ordinárias, tais circunstâncias, não tornaram o imóvel impróprio para o uso.

IV - Recurso especial improvido”.¹⁷⁴ (grifo nosso).

(REsp 1234549/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 10/02/2012)

Essas medidas adotadas pelos tribunais têm sido arbitrariamente propostas sem nenhum critério. A discussão não deve ser de limites, mas de função.¹⁷⁵

A medida mais lógica e eficiente que pretende cessar o desenvolvimento da “indústria dos danos morais”, não é a exclusão das novas modalidades de prejuízo, mas a utilização de critérios que permitam a seleção de interesses merecedores de tutela à luz de valores constitucionais.¹⁷⁶ Tal seleção mostra-se imprescindível para que interesses não patrimoniais não venham a ser associados à dignidade da pessoa humana com intuito exclusivamente indenizatório e, portanto, patrimoniais, o que representaria uma verdadeira inversão da axiologia constitucional.¹⁷⁷

¹⁷⁴ REsp 1234549/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 10/02/2012

¹⁷⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 192.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 193.

¹⁷⁷ Idem. Arbitramento do dano moral no novo código civil. *Revista Trimestral do Direito Civil*, a. 3, v. 12, p. 18, out./dez. 2002.

É inclusive em atenção a essa inversão que a doutrina e os tribunais vêm despertando para a necessidade de buscar meios não pecuniários com o objetivo de efetivamente reparar ou aplacar o prejuízo moral.¹⁷⁸ Esse processo de despatrimonialização da reparação dos danos morais será detalhado mais a frente.

3.2 Reparação pecuniária como principal forma de reparação dos danos extramateriais

Um dano pode ser reparado de forma direta ou indireta. A reparação direta consiste na denominada reparação *in natura* e ocorre quando há possibilidade de retornar ao estado anterior à ocorrência do evento lesivo. A reparação indireta consiste no cumprimento de uma obrigação ou no pagamento de uma quantia que leve a uma situação equivalente da que existia antes.¹⁷⁹

A reparação *in natura*, por possibilitar uma completa recomposição do ato lesivo, é a forma ideal de reparação. Como bem explica Alfredo Orgaz¹⁸⁰: “[...] a reparação natural satisfaz plenamente o ideal de uma verdadeira reparação, que é colocar o danificado na mesma situação de fato em que haveria de estar se não tivesse ocorrido o ato ilícito”.

Entretanto, apenas parte da doutrina entende que é possível reparar os danos extramateriais por meio da reparação direta. Os defensores desse posicionamento costumam indicar situações em que tal reparação possa ocorrer, como em de cirurgia reparadora, casamento do ofensor com a ofendida, reintegração do funcionário injustamente dispensado, publicação de respostas, entre outras¹⁸¹.

¹⁷⁸ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo código civil. *Revista Trimestral do Direito Civil*, a. 3, v. 12, p. 18, out./dez. 2002.

¹⁷⁹ COELHO. Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral: aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou valor da reparação*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 123.

¹⁸⁰ ORGAZ apud SCHREIBER, op. cit.

¹⁸¹ COELHO, op. cit., p. 126.

Os opositores, por sua vez, entendem que, no campo dos danos extramateriais, nunca será possível retornar ao estado anterior. Para eles, a reparação apresenta-se apenas como uma forma de compensação ou de simples atenuação posterior do dano.¹⁸²

Afirmam que “o princípio da reparação *in natura* se apresenta-se como insuficiente para ressarcir o dano moral pela impossibilidade de voltar-se ao passado e, passando-se uma borracha, eliminar os efeitos lesivos assacados contra o ofendido”.¹⁸³

Outra forma de reparação é por meio da entrega do equivalente, ou seja, de um bem jurídico que possua o mesmo valor, importância, força, peso, destaque, do bem jurídico lesado. Entende-se que as hipóteses relacionadas à reparação *in natura* devem ser incluídas no rol de reparação pelo equivalente.¹⁸⁴ Nesse diapasão, vale o exceto a seguir:

“Sendo inviável a reparação natural, opta-se por uma situação correspondente dentro do possível: no dano estético, a cirurgia plástica às expensas do ofensor; nas infringências à reputação, pela publicação do desagravo, pela retratação do lesante, ou pela divulgação da sentença condenatória da difamação do injuriado”.¹⁸⁵

Por fim, tem-se que a reparação pecuniária é representada pela entrega de uma determinada quantia em dinheiro que serve para compensar a vítima pelo dano que lhe foi causado. Esse critério de reparação só poderá ser utilizado quando a reparação natural não se mostra suficiente e a reparação pelo equivalente não satisfazer plenamente o lesado, ou seja, a reparação pecuniária deve ser a última a ser utilizada.¹⁸⁶

O STJ, ao julgar o Recurso Especial 959.569-SP (2007/0133636-7), reconhece esses tipos de reparação. É o relatório do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

¹⁸² COELHO, Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral: aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou valor da reparação*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 127.

¹⁸³ MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral: problemática do cabimento à fixação do quantum*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 163

¹⁸⁴ COELHO, op. cit., p. 129.

¹⁸⁵ MARMITT, Arnaldo. *Dano moral*. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1999, p. 53.

¹⁸⁶ COELHO, ibidem, p. 131.

"[...] A controvérsia situa-se em torno do modo de reparação dos danos morais por ela sofridos.

A reparação dos danos extrapatrimoniais, sofridos por pessoa física ou por pessoa jurídica, pode ser natural ou pecuniária.

Em sede doutrinária, já tive oportunidade de analisar a distinção entre as duas modalidades de reparação (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral - indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010).

Relembre-se que a reparação natural, ou in natura, consiste na tentativa de se recolocar o lesado no mesmo estado em que se encontrava antes da ocorrência do evento danoso, restituindo-lhe um bem semelhante ao subtraído, destruído ou danificado para recomposição do seu patrimônio.

Os prejuízos extrapatrimoniais, em geral, por sua própria natureza, por não terem conteúdo econômico ou patrimonial, não se coadunam, em regra, com a reparação in natura, embora, em algumas situações, a doutrina entenda que ela se mostre viável (CAHALI, 1998, p. 704).

Harm Peter Westermann, na perspectiva do Direito alemão, anota que "também danos em bens sem valor patrimonial (imateriais) são ressarcíveis, mediante o restabelecimento (restituição ao natural), que o 249 (do BGB) ordena" (WESTERMANN, Harm Peter. Direito das Obrigações. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1983, p. 136)

Karl Larenz acrescenta que "o dano imaterial pode ser ressarcido enquanto isso seja possível por meio da restituição in natura : isso tem lugar sobre tudo em casos de retratação pública de declarações publicamente manifestadas, idôneas para ofender a honra de outrem ou para prejudicar o seu crédito (824 do BGB)" .(LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, t. 1, 14, p. 229).

Pontes de Miranda, após anotar que "a reparação natural é, quase sempre, impossível", afirma que o dano moral ou se repara pelo ato que o apague (retratação do caluniador ou do injuriante) ou pela prestação do que foi considerado reparador. Reconhece como reparação específica as medidas para retificação ou reconhecimento da honorabilidade do ofendido e a condenação à retificação ou à retratação, exemplificando com "a ação para que se retire o cartaz injurioso é ação de reparação natural" (MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado . Rio de Janeiro: Borsói, 1955-1972. v. 54, 5536, p. 61.).

Araken de Assis, após lembrar a hipótese de casamento do homem com mulher deflorada, prevista no art. 1548 do CC/16 e não repetida pelo CC/2002, anota que a reparação in natura normalmente se mostra insuficiente, apenas influenciando na fixação da indenização, como a retratação espontânea ou a publicação da resposta ou retificação, previstas pela Lei de Imprensa (art. 29 da Lei 5250/67). (ASSIS, Araken de. Liquidação do dano. Revista dos Tribunais. São Paulo, Ano 88, n. 759, p. 11-23, jan., p. 16).

Sérgio Severo aponta a retratação pública ou a publicação da sentença de procedência da demanda por dano moral como modalidades de reparação natural do prejuízo extrapatrimonial (SEVERO, Sérgio. Os danos extrapatrimoniais. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 193).

Na legislação brasileira, historicamente têm sido previstas formas de **reparação natural**, como, na revogada Lei de Imprensa (Lei 5250/67), a previsão de retratação do ofensor, o desmentido, a retificação da notícia injuriosa, a divulgação da resposta e, até mesmo, a publicação da sentença condenatória (arts. 29, 30 e 68). Pode-se exemplificar, também, com a

retirada do mercado do livro supostamente ofensivo à honra de uma pessoa pública.

Na realidade , essas medidas previstas na nossa legislação ou indicadas pela doutrina **não constituem propriamente casos de reparação natural, pois não se consegue apagar completamente os prejuízos extrapatrimoniais, sendo apenas tentativas de minimização dos seus efeitos por não ser possível a recomposição dos bens jurídicos sem conteúdo econômico atingidos**, como ocorre com os direitos da personalidade.

Assim, insuficiente a reparação in natura , a solução é a indenização pecuniária, cuja quantificação se realiza por arbitramento judicial.

A **reparação pecuniária**, por sua vez, é uma compensação em dinheiro, mediante o pagamento de uma indenização fixada pelo juiz, pelos danos sofridos pelo lesado.

Trata-se do sistema mais adotado, atualmente, na prática, de reparação dos danos, consistindo no pagamento de uma indenização pecuniária equivalente aos prejuízos sofridos pelo lesado.

Adriano De Cupis explica que, nessa hipótese, "o ressarcimento consiste na prestação, ao prejudicado, de um equivalente pecuniário", sendo apenas "necessário estabelecer em quanto monta, pecuniariamente, o interesse atingido pelo dano" (DE CUPIS, Adriano. Il danno . Milano: Giuffrè, 1966, p. 297).

Essa opção pela reparação pecuniária não é nova no sistema de responsabilidade civil, chegando Pontes de Miranda a afirmar categoricamente que "o direito romano e o Direito francês só conheciam a reparação em dinheiro" (MIRANDA, 1955-1972, t. 22, 2.722, nº 1, p. 209).

A tradição no Direito brasileiro, para a reparação dos danos extrapatrimoniais, é a indenização pecuniária.

As duas formas de reparação (natural e pecuniária) não são excludentes entre si, pois deve-se respeito ao princípio da reparação integral, que estava implícito na norma do art. 159 do CC/16 e, atualmente, está expresso no art. 944 do CC/2002.

O princípio da reparação integral ou plena, ou da equivalência entre os prejuízos e a indenização, busca colocar o lesado, na medida do possível, em uma situação equivalente a que se encontrava antes de ocorrer o fato danoso (STIGLITZ, Gabriel A.; ECHEVESTI, Carlos A. El daño resarcible en casos particulares. In: CARLUCCI, Aida Kemelmajer de (Coord.). Responsabilidad civil. Buenos Aires: Hammurabi, 1997, p. 298).

Naturalmente, essa tentativa de recolocação da vítima no estado em que se encontrava antes do ato danoso é uma ficção, pois, em muitas situações, como nos casos de danos extrapatrimoniais, isso é operado "de forma apenas aproximativa ou conjectural" (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil : do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 322).

De todo modo, como a responsabilidade civil tem como função prioritária a reparação mais completa do dano, dentro do possível, essa norma constitui a diretiva fundamental para avaliação dos prejuízos e quantificação da indenização (VINEY, Geneviève , Les obligations: la responsabilité, effets. Paris: L.G.D.J, 1988. (Traité de Droit Civil, v.5, p. 81).

O princípio pode ser invocado tanto na reparação natural como na indenização pecuniária.

Na reparação natural, não há maiores dificuldades na sua concretização, bastando que seja restaurada a situação que existiria caso o ato ilícito não houvesse ocorrido pela recomposição do mesmo bem no patrimônio do lesado ou por sua substituição por uma coisa similar.

Note-se que, mesmo na reparação natural, a simples devolução ou substituição da coisa pode não ser suficiente para o ressarcimento pleno dos danos causados ao prejudicado.

Exemplo dessa situação tem-se no art. 952 do CC/2002, que, ao tratar dos danos causados pela usurpação ou esbulho de uma coisa, prevê, além da sua restituição, a reparação das deteriorações e dos lucros cessantes, correspondendo essa regra a uma concretização do princípio da reparação integral.

No caso, o entendimento do Tribunal de origem, afirmando a inadequação da indenização por danos morais à pessoa jurídica, violou a cláusula geral de responsabilidade civil insculpida na norma do art. 159 do Código Civil de 1916, que já consagrava implicitamente o princípio da reparação integral do dano, agora positivado pelo art. 944 do Código Civil de 2002.

A reparação dos danos morais deve ser a mais completa possível, o que não ocorreu no julgamento do tribunal de origem.

Nesse sentido, tenho que a substituição aplicada pelo Tribunal de origem, violando o art. 159 do Código Civil de 1916, determina o provimento do recurso especial nesse ponto, impondo-se, o restabelecimento da sentença, adotando-se seu dispositivo na parte relativa à indenização.

Fica mantido o valor da verba indenizatória arbitrada na sentença por se tratar de um montante razoável para a natureza da lesão sofrida pela empresa recorrente, somente sendo possível a esta Corte a revisão do valor da indenização quando exagerado ou ínfimo.

Desacolhe-se, assim, nesse ponto, o pedido de majoração da indenização formulado no recurso especial.

Finalmente, fica mantida a determinação do tribunal de origem de publicação de retratação na imprensa local por não ter sido objeto de recurso especial pela recorrida.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso especial, restabelecendo-se a indenização arbitrada pela sentença a título de danos morais.

É o voto". (grifo nosso).

Mesmo reconhecendo haver três formas de reparação dos danos extrapatrimoniais, podendo inclusive haver a reparação utilizando mais de uma forma para atender o princípio da reparação integral, as cortes brasileiras insistem em reparar essa espécie de dano exclusivamente com pecúnia.

Fora as infundáveis dificuldades enfrentadas na quantificação das indenizações por dano moral, a aplicação de um remédio exclusivamente pecuniário para a reparação dos danos extrapatrimoniais se mostra ineficaz. Isso porque,

segundo Schreiber¹⁸⁷, “danos extramateriais e pecúnia são bens diversos por sua natureza e incompatíveis na sua importância”. Além disso, oferecer a vítima uma reparação exclusivamente monetária dá margem a uma série de efeitos.

A primeira consequência da reparação exclusivamente pecuniária é a impunidade em relação a algumas demandas pois conclui-se que os danos morais são autorizados desde que se esteja disposto a arcar com o “preço” correspondente.¹⁸⁸

Tal conclusão, embora absurda, floresce no mercado, em que decisões empresariais são muitas vezes tomadas com base em relação de custo e benefício. Há mais de um precedente evidenciando que certos agentes econômicos acabam optando por manter, conscientemente, uma prática lesiva quando a soma das indenizações pagas revela-se menor que o investimento necessário a evitar os danos dali decorrentes.

Outro problema decorrente da exclusividade da indenização pecuniária é o estímulo de uma associação entre os danos extrapatrimoniais e a ideia de mercado.

Isso pode ser verificado em julgamentos feitos pelo STJ ao adotar um tabelamento de valores a serem pagos aos ofendidos. Todos os esforços empreendidos para tutelar a pessoa humana e seus interesses existenciais, por meio de ações judiciais de reparação de danos morais, vêm resultando em uma crescente pacificação dos atributos humanos¹⁸⁹, ilustrada de modo emblemático na seguinte tabela¹⁹⁰, publicada no *site* oficial do STJ em setembro de 2009:

¹⁸⁷ SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, L. E. (Orgs.). *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 331.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 332.

¹⁸⁹ Idem, p. 333.

¹⁹⁰ STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais. In: Superior Tribunal de Justiça. **Sala de Notícias**. 13 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679>. Acesso em: 01 abr. 2013.

Tabela 1 – Resumo de alguns precedentes do STJ sobre casos que geraram dano moral, bem como os valores arbitrados na segunda instância e no STJ.

Evento	2º grau	STJ	Processo
Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem dano à saúde)	R\$ 5 mil	R\$ 20 mil	Resp 986947
Recusa em fornecer medicamento (sem dano à saúde)	R\$ 100 mil	10 SM	Resp 801181
Cancelamento injustificado de voo	100 SM	R\$ 8 mil	Resp 740968
Compra de veículo com defeito de fabricação; problema resolvido dentro da garantia	R\$ 15 mil	não há dano	Resp 750735
Inscrição indevida em cadastro de inadimplente	500 SM	R\$ 10 mil	Resp 1105974
Revista íntima abusiva	não há dano	50 SM	Resp 856360
Omissão da esposa ao marido sobre a verdadeira paternidade biológica das filhas	R\$ 200 mil	mantida	Resp 742137
Morte após cirurgia de amígdalas	R\$ 400 mil	R\$ 200 mil	Resp 1074251
Paciente em estado vegetativo por erro médico	R\$ 360 mil	mantida	Resp 853854
Estupro em prédio público	R\$ 52 mil	mantida	Resp 1060856
Publicação de notícia inverídica	R\$ 90 mil	R\$ 22.500	Resp 401358
Preso erroneamente	não há dano	R\$ 100 mil	Resp 872630

Fonte: STJ (2009).

Esse tabelamento viola a essência do dano extramaterial que é pessoal e singular por definição. No exemplo de Pietro Perlingiere¹⁹¹: “[...] especial será o dano ao ouvido de um esportista ainda que não profissional que ama nadar ou para quem se diletta a ouvir música; assim como será o dano na perna de quem mora em um dos últimos andares de um edifício sem elevador”.

A reparação exclusivamente em pecúnia acaba por produzir um efeito que é próprio do dinheiro: a redução a um denominador comum, com a desconsideração das circunstancia que fazem cada caso peculiar.

O espírito de mercantilização também poderá ser observado na medida em que os danos extramateriais vão sendo cada vez mais confundidos com os valores monetários das indenizações e há cada vez mais aquele sentimento de “querer” ser

¹⁹¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 174.

lesado para ganhar dinheiro.¹⁹² O resultado disso é a propositura de ações infundadas.

Esse ciclo vicioso só poderá ser rompido com a desconstrução da visão patrimonialista da responsabilidade civil por dano moral, por meio do fim do primado exclusivo da reparação pecuniária. Segundo Anderson, “[...] outros remédios devem ser oferecidos, para evidenciar que a função dessa espécie de responsabilidade civil não é o pagamento, mas a reparação do dano sofrido”.¹⁹³

3.3 Reparação não pecuniária dos danos extramateriais: aspectos materiais e processuais

Com base em toda análise feita, pode-se depreender que o direito brasileiro já despatrimonializou o dano extrapatrimonial, mas está oferecendo barreiras em realizar o mesmo ao repará-lo.

Diante das dificuldades de quantificação e da insuficiência do valor monetário para a satisfação das vítimas, já que a sentença normalmente fixa um valor padronizado, genérico, quase sempre baixo e muitas vezes inferior ao pretendido, a doutrina e a jurisprudência vêm despertando, ainda que de forma tímida, para a necessidade de buscar meios não pecuniários de reparação.¹⁹⁴ Essa medida assume, muitas vezes, maior efetividade na satisfação da vítima e na pacificação dos conflitos.¹⁹⁵

Entendo que não é possível a reparação natural, uma vez que, por maior que seja a criatividade da reparação do dano, nunca haverá retorno ao estado anterior, ou mesmo, a entrega de um bem que substitua, de modo integral, o bem jurídico lesionado. Nessa linha, explicita Judith Martins-Costa¹⁹⁶ a reparação dos danos extramateriais deve ocorrer “de forma apenas aproximativa ou conjectural”. De todo modo, a responsabilidade civil tem como função prioritária a reparação mais

¹⁹² SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, L. E. (Orgs.). *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 332.

¹⁹³ Ibidem, p. 335.

¹⁹⁴ Idem. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 19.

¹⁹⁵ Idem, op. cit., p. 336.

¹⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 322.

completa do dano e isso só será possível com a utilização de formas não pecuniária de reparação dos danos extrapatrimoniais.¹⁹⁷

Um exemplo é a retratação pública. A retratação perante a sociedade tem especial relevância na reparação do dano à honra, configurando instrumento eficaz para a reconstrução da reputação do indivíduo no meio social em que se insere.¹⁹⁸

O mecanismo tem sido empregado com sucesso, na reparação dos danos decorrentes de assédio moral no ambiente de trabalho (*mobbing*). Foi o que fez o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), em julgado referente à revista de bolsa de certo cliente, interceptada de forma violenta por um segurança na saída de determinado estabelecimento comercial, ao condenar a empresa ré ao pagamento de indenização de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), a pedido da consumidora, além da obrigação de publicar em jornal de grande circulação “nota de reconhecimento da abordagem injusta”¹⁹⁹.

Outra possibilidade de condenação em retratação pública é na reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes da interrupção de fornecimento de energia elétrica sem prévia comunicação ao consumidor. A decisão emblemática proferida em 2009, pela 1ª. Câmara Cível do TJRJ exemplifica tal situação:

“A retratação pública, como desestímulo à conduta praticada, às expensas da parte vencida ou condenada, por certo, torna mais efetiva a reparação civil, despatrimonializando a condenação, que, no mais das vezes, quando aplicada isoladamente a resposta pecuniária, não satisfaz plenamente os anseios da vítima, não compensando, integralmente, o desvalor moral. Daí ser cabível, ainda que não se encontre expressamente previsto, a veiculação de pedido de desculpa pela falha do serviço prestado e pela consequente interrupção do fornecimento de energia elétrica é também meio válido para a composição judicial da lide. Consequentemente, a simples majoração do quantum a ser arbitrado para o dano moral, não inviabiliza, ou justifica, o descarte da retratação pública, nos exatos termos do que foi na inicial pleiteado. Plausível e justo, pois, que a retratação se dê de modo a trazer a parte ofendida a reparação integral do dano moral, através de declaração a ser emitida pelo ofensor onde conste, além do reconhecimento público e formal da falha do serviço, o pedido de modo a trazer a parte ofendida a reparação integral do dano moral, através de declaração a ser emitida pelo ofensor onde conste, além do reconhecimento público e formal da falha do serviço, o pedido de desculpas pelo dano que a consumidora autora foi injustamente causado”.²⁰⁰

¹⁹⁷ VINEY, Geneviève. *Les obligations: la responsabilité, effets*. Paris: L. G. D. J., 1988, p. 81. v. 5.

¹⁹⁸ SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, L. E. (Orgs.). *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 337.

¹⁹⁹ TJRJ, Apelação Cível 2004.001.08323, j. em 18.5.2004.

²⁰⁰ TJRJ, 1ª. CC, Apelação Cível 2009.001.22993, Rel. Des. Maldonado de Carvalho, j. 9.6.2009.

No caso exposto, a condenação à emissão de pedido formal de desculpas é medida que contribui decisivamente, no caso concreto, para uma efetiva reparação do dano extrapatrimonial sofrido pela vítima.

Entretanto, apesar de o Judiciário brasileiro está começando, mesmo que de forma tímida, a compensar a vítima por meio da retratação pública, em muitos casos prefere reparar os danos extrapatrimoniais exclusivamente com pecúnia.

Um exemplo disso foi o julgado da 11ª Vara do Trabalho do Recife feito pela juíza Virgínia Lúcia de Sá Bahia. O Ministério Público do Trabalho de Pernambuco (MPT/PE), autor da ação civil pública, alegou que a empresa Arcos Dourados, a maior franquia da rede de *fast-food* McDonald's no Brasil, obrigava os funcionários a fazer a jornada flexível e a consumir no horário das refeições apenas os lanches do restaurante. Diante disso, a magistrada condenou a empresa ré a pagar uma indenização de R\$ 7,5 milhões por dano moral coletivo.²⁰¹

Sem dúvida, a reparação dos danos extramaterias seria muito mais efetiva se houvesse, cumulativamente com a indenização pecuniária, uma condenação à retratação pública. As vítimas do dano e a própria sociedade sentiriam reparadas mais plenamente se houvesse um pedido formal de desculpas e o comprometimento da empresa ré de não reiterar a conduta lesiva.

Além da retratação pública, outros deveres podem ser impostos ao réu a título de reparação dos danos extrapatrimoniais sofridos a vítima.

Por exemplo, alguém sofre dano extrapatrimonial decorrente de férias frustradas, por falha no serviço da agência de turismo ou da companhia aérea, pode o juiz impor à sociedade ré, além do dever de indenizar, o dever de organizar uma nova viagem para o autor da demanda, a título de reparação não pecuniária do dano sofrido.

Outra hipótese seria nos casos em que o autor da demanda sofre dano extramaterial pela interrupção do serviço de transmissão por televisão (TV) a cabo no exato momento em que seu time de futebol disputava importante partida, pode o juiz condenar a empresa ré a entregar além da eventual indenização, um ingresso

²⁰¹ McDONALD'S pagará R\$ 7,5 milhões por dano moral coletivo. In: *O GLOBO*. 21 de março de 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/mcdonalds-pagara-75-milhoes-por-dano-moral-coletivo-7912712#ixzz2PhRUFxtj>>. Acesso em 06 abr. 2013.

para que a vítima assista, no melhor lugar do estádio, a próxima partida da equipe.²⁰²

Também a título exemplificativo, imaginemos que a companhia fabricante de aparelhos de ar-condicionado não dispõe de peça necessária à manutenção do produto vendido, forçando o consumidor a aguardar a chegada da peça em pleno verão carioca, pode o juiz impor ao fabricante, a título de reparação do dano causado e sem prejuízo da indenização cabível, o dever de providenciar a hospedagem do consumidor em hotel provido de ar-condicionado, próximo a sua casa, pelo tempo necessário ao concerto do próprio aparelho.²⁰³

Conclui-se que as formas não pecuniárias de compensação do dano extrapatrimonial satisfazem de forma mais plena os anseios da vítima²⁰⁴, inclusive porque dotadas de caráter pedagógico. Essas formas de reparação têm se mostrado extremamente eficazes, porque desestimulam a prática da conduta lesiva, sem a necessidade de se atribuir à vítima somas pecuniárias punitivas para cujo recebimento ela não possui na maior parte dos casos, qualquer título lógico ou jurídico.

Cumpra enfrentar, por fim, alguns aspectos processuais da reparação não pecuniária. Quando o autor da demanda pleiteia expressamente alguma medida não pecuniária, é inegável seu cabimento. A controvérsia surge em casos em que o autor da demanda se limita a pleitear a reparação pecuniária.²⁰⁵

Com base nos arts. 461 e 461-A do CPC, doutrinadores admitem que o juiz adote medidas diversas das pleiteadas, desde que com o objetivo de reparar o dano sofrido pelo autor.²⁰⁶ Nessa linha posiciona-se Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “Admite-se expressamente, assim, que, além de a sentença poder impor a multa de ofício, o juiz deixe de atender ao pedido formulado pelo autor para

²⁰² SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, L. E. (Orgs.). *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 339.

²⁰³ Ibidem.

²⁰⁴ GUGLINSKI, Vitor Vilela. Somente o dinheiro compensa o dano moral? *Jus Navigandi*, Teresina, a. 13, n. 2190, 30 de junho de 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13071>>. Acesso em: 15 ago. 2010.

²⁰⁵ SCHREIBER, op. cit., p. 342.

²⁰⁶ Ibidem.

determinar providência diversa, desde que voltada à efetiva tutela do direito material”.²⁰⁷

O art. 25 do Projeto de Lei nº. 5.139/09, que trata do chamado Código Brasileiro de Processo Coletivo, incorporou expressamente a possibilidade de reparar os danos, independentemente do pedido do autor, *in verbis*:

“Art. 25. Na ação reparatória dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível e independentemente de pedido do autor, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à reconstituição do bem, mitigação e compensação do dano sofrido.

Parágrafo único. Dependendo das características dos bens jurídicos afetados, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias, o juiz poderá determinar, em decisão fundamentada e independentemente do pedido do autor, as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar, entre outras, a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita”.²⁰⁸

O dispositivo incorpora a ideia de desenvolver meios não pecuniários de reparação, ampliando os poderes do magistrado na adoção de medidas voltadas à obtenção de um aplacamento efetivo dos danos sofridos. Além disso, se posiciona no sentido de que a reparação específica pode ser feita “independentemente do pedido do autor”. Como pode-se observar, a reparação não pecuniária dos danos extrapatrimoniais está devidamente respaldada tanto pelo direito processual quanto pelo direito material brasileiro.²⁰⁹

Conclui-se que a reparação não pecuniária dos danos extramateriais exige a participação ativa do Poder Judiciário, na medida em que se passa a esperar do magistrado mais do que o simples arbitramento do valor monetário devido. Tanto os magistrados em suas decisões, quanto o autor da demanda nos seus pedidos, deverão analisar em cada caso concreto qual o bem jurídico a ser protegido e escolher a(s) forma(s) de reparação mais adequada. Portanto, juízes, desembargadores e o próprio autor da demanda são convocados a participarem de

²⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo civil: processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 439. v. 2.

²⁰⁸ Para mais detalhes sobre o processo coletivo, recomenda-se a leitura dos capítulos iniciais de: MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação coletiva passiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1-45. O autor traça, de modo bastante didático, um panorama histórico da proteção à coletividade. *Apud* SCHREIBER op. cit., p. 343.

²⁰⁹ SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, L. E. (Orgs.). *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 343.

modo mais determinante da reparação do dano sofrido, aplicando/pleiteando outras formas de reparação que não apenas a pecuniária.²¹⁰

²¹⁰ SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, L. E. (Orgs.). *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 345.

CONCLUSÃO

Com a criação de um Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, esta Carta caracteriza-se como um enunciado normativo além de político. Isso significa dizer que a Constituição tem eficácia direta e imediata no ordenamento jurídico, ou seja, introduz a ideia de constitucionalização das relações jurídicas.²¹¹

O legislador, ao incluir, no art. 1º da CF, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, determinou o predomínio das situações jurídicas existenciais sobre as relações patrimoniais, a ensejar a (re)personalização da pessoa humana. Essa inclusão refletiu diretamente no direito civil, e mais especificamente na responsabilidade civil, que alterou radicalmente sua estrutura tradicional ao passar a tutelar e priorizar a pessoa humana concreta.²¹²

A partir daí, o conceito de dano foi desvinculado da noção de antijudicidade já que foram adotados critérios mais amplos que englobam não apenas direitos, mas também interesses que, porque considerados dignos da tutela jurídica quando lesionados, obrigam a reparação.²¹³ O conceito de dano extramaterial também foi modificado, como explica Hector Valverde:

“Se deve, em primeiro lugar, abandonar a concepção de que dano extramaterial pressupõe dor da vítima, para localizá-lo na ideia de lesão ou privação de um direito da personalidade; em segundo lugar, considerar que o atentado ao direito da personalidade deve ser reparado, já que toda violação de direito subjetivo tem uma sanção”.²¹⁴

Ressalta-se, ainda, que foi com o advento dessa Carta Magna que se pacificou a possibilidade de reparar os danos imateriais; que daí, a doutrina, a jurisprudência e a própria legislação brasileira passou a conferir à reparação dos danos extrapatrimoniais uma natureza jurídica compensatória. Assim, a reparação

²¹¹ TEPEDINO, Gustavo. Reflexões sobre a constitucionalização do direito civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 49, p. 12, jan./mar. 2012.

²¹² FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Deveres contratuais gerais das relações civis e de consumo*. 1. ed. São Paulo: Método, p.101.

²¹³ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral do Direito Civil*, a. 6, v. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005.

²¹⁴ SANTANA. Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2009, p. 153. v. 38.

dessa espécie de dano não objetiva a restituição da vítima à situação anterior da lesão como se dá na reparação dos danos patrimoniais, e sim a atenuação ou a redução à ofensa à personalidade.

A doutrina e a jurisprudência também passam a admitir a natureza jurídica punitiva ou pedagógica para a reparação dos danos extrapatrimoniais. Entendem que a reparação dos danos extrapatrimoniais também visa punir o ofensor, para que não volte a reincidir.

O estudo da reparação dos danos extrapatrimoniais, por meio da análise da forma de aplicação desse instituto pelos magistrados nas decisões e pela própria sociedade nos pedidos de reparação, possibilitou concluir que os danos imateriais estão sendo reparados, na grande maioria dos casos, com um valor pecuniário.

Contudo, observa-se que, além das dificuldades na quantificação da reparação dos danos extrapatrimoniais, o valor monetário, na maioria dos casos, é insuficiente tanto para satisfazer a vítima quanto para, se for o caso, desestimular a conduta do ofensor. A reparação exclusivamente em pecúnia acaba por produzir um efeito que é próprio do dinheiro: a redução a um denominador comum, com a desconSIDERAÇÃO das circunstancia que fazem cada caso peculiar.

É com o objetivo de enfrentar essas dificuldades que se propõe a despatrimonialização não só do dano, mas da reparação dos danos extrapatrimoniais, por meio da aplicação de meios não pecuniários.²¹⁵

Em suma, o que se busca é que, tanto os autores da demanda, na elaboração dos pedidos, quanto os magistrados, na elaboração da sentença, busquem aplicar meios não pecuniários na reparação dos danos imateriais. Só assim será possível uma maior efetividade na reparação dessa espécie de dano, pois serão adotadas medidas contrapostas aos bens jurídicos lesionados, por meio da análise das peculiaridades de cada caso concreto.

²¹⁵ SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, L. E. (Orgs.). *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 345.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitives damages na experiência da common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

AQUINO JUNIOR, Geraldo Frazão. A repersonalização do Direito Civil a partir da Perspectiva do Direito Civil Constitucional. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 1, p. 145, jun./dez. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *A quantificação do dano moral no Brasil: justiça, segurança e eficiência*. Convocação nº 001/2010. Série Pensando o Direito nº 37/2011 – versão publicada.

CARVALHO, Orlando. *A teoria geral da relação jurídica*. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____.; Sérgio; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo código civil. Da responsabilidade civil, das preferências, e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. XIII.

COELHO, Fábio Alexandre. *Reparação do dano moral: aspectos que devem ser considerados na fixação da forma ou valor da reparação*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

COELHO, Luiz Fernando. *Princípios gerais de direito*. Disponível em: <<http://www.academus.pro.br/luizfernando/>>. Acesso em: 30 out. 2008.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. Indenização por dano moral. A problemática do *quantum*. *JurInforma – Responsabilidade Civil*. Disponível em: <<http://www.jurinforma.com.br>>. Acesso em: 16 jul. 2000.

DONNINI, Rogério Ferraz; DONNINI, Oduvaldo. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação a luz do novo código civil*. São Paulo: Método, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. Apresentação. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths, MEIRELES, Jussara Maria Leal de, FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo (Coords.). *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo: anais do projeto de pesquisa de Copérnico*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. O direito civil contemporâneo, a norma constitucional e a defesa do pacto emancipador. In: CONRADO, Marcelo; FIDALGO PINHEIRO, Rosalice (Coords.). *Direito privado e constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio*. Juruá: Curitiba, 2009.

_____.; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FONSECA, Arnold Medeiros. Dano moral. In: SANTOS, J. M. C. (Coord.). *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961. v. 14.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Deveres contratuais gerais das relações civis e de consumo*. 1. ed. São Paulo: Método.

_____. Reflexões sobre a constitucionalização do direito civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 49, p. 100, jan./mar. 2012.

_____. Reflexões sobre a constitucionalização do direito civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 49, p. 125, jan./mar. 2012.

GIORGIANI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 87, v. 747, p. 42 ss., jan. 1998.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. Somente o dinheiro compensa o dano moral? *Jus Navigandi*, Teresina, a. 13, n. 2190, 30 de junho de 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13071>>. Acesso em: 15 ago. 2010.

HERMES, Gustavo Cauduro. *Combatendo a Indústria do Dano Moral*. Disponível em: <http://www.augure.com.br/content/artigos_detalhe.php?artigo_id=4>. Acesso em: 15 abr. 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos à personalidade. *Boletim Doutrina Adcoas*, a. VII, n. 11, p. 237, jun. 2004.

_____. *Danos morais e direitos à personalidade*. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Prefácio. In: CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do código de defesa do consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007. (Coleção Rubens Limongi França, v. 3).

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: RT, 1998.

LUTZKY, Daniela Courtes. *A reparação dos danos imateriais como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo civil: processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

MARINS, Felipe Fernandes. Dano moral ou mero aborrecimento? *Jus Navigandi*, a. 7, n. 60, 1º de novembro de 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3540/dano-moral-ou-mero-aborrecimento#ixzz2OgG1Tr18>>. Acesso em: 31 mar. 2013.

MARMITT, Arnaldo. *Dano moral*. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____.; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: (*punitive damages* e o Direito Brasileiro). *Revista CEJ*, v. 9, n. 28, p. 22, jan./mar. 2005.

McDONALD'S pagará R\$ 7,5 milhões por dano moral coletivo. In: *O GLOBO*. 21 de março de 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/mcdonalds-pagara-75-milhoes-por-dano-moral-coletivo-7912712#ixzz2PhRUFxtj>>. Acesso em 06 abr. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos do direito administrativo. In: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral: problemática do cabimento à fixação do quantum*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2010.

_____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

PAGANINI, J. M. A “dupla crise” do modelo regulatório dos direitos da personalidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, L. E. (Orgs.). *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juará, 2011.

PELINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

REIS, Clayton. Avaliação do dano moral. 3. ed. Rio de Janeiro, 2000. In: _____. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *A reparação nos acidentes de trânsito*. 9. ed. São Paulo: RT, 2001.

ROSENVALD, Nélon. *Direitos das obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização do direito civil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2009. v. 38.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, n. 4, p.93, out./dez. 2011.

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo código civil. *Revista Trimestral do Direito Civil*, a. 3, v.12, p. 4, out./dez. 2002.

_____. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 6, v. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005.

_____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Reparação não pecuniária dos danos morais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, L. E. (Orgs.). *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011.

STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais. In: Superior Tribunal de Justiça. **Sala de Notícias**. 13 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679>. Acesso em: 01 abr. 2013.

TARTUCE, Flávio; OPRMOLLA, Márcio Araújo. Direito e constituição. In: *Flávio Tartuce*. 2003. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/artigolenza.doc>>. Acesso em: 01 abr. 2013.

_____. *Direito Civil: direitos das obrigações e responsabilidade civil*. 6. ed São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: _____. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Reflexões sobre a constitucionalização do direito civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 49, p.11, jan./mar. 2012.

VINEY, Geneviève. *Les obligations: la responsabilité, effets*. Paris: L. G. D. J., 1988. v. 5.